

# Revue de DROIT

## UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

**Volume 36 – Numéro 1-2**

**Année :** 2005-2006

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11887>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11887>

*Page vide laissée intentionnellement.*

<b>LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES SAGES-FEMMES .....</b>	<b>1</b>
Par François TÔTH	
<b>L'INTERPRÉTATION DE LA NOTION D'INVALIDITÉ DANS LES RÉGIMES PUBLICS D'ASSURANCE ET DANS LES RÉGIMES DE SÉCURITÉ SOCIALE .....</b>	<b>45</b>
Par Frédérique LÉVESQUE	
<b>LA PROTECTION DE L'INFORMATION GÉNÉTIQUE DANS LE DOMAINE MÉDICAL AU QUÉBEC : PRINCIPE GÉNÉRAL DE CONFIDENTIALITÉ ET QUESTIONS SOULEVÉES PAR LES DISPOSITIONS D'EXCEPTION .....</b>	<b>101</b>
Par Emmanuelle LÉVESQUE	
Bartha M. KNOPPERS	
Denis AVARD	
<b>LE MALENTENDU THÉRAPEUTIQUE: UN DÉFI POUR LE CONSENTEMENT EN RECHERCHE CLINIQUE.....</b>	<b>133</b>
Par Dany JONCAS	
Suzanne PHILIPS-NOOTENS	
<b>LES TRACES DU DÉBAT SUR LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA .....</b>	<b>165</b>
Par Stéphane BERNATCHEZ	
<b>LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET L'IMPRÉCISION : QUAND L'AVERTISSEMENT RAISONNABLE DEVIENT SYMBOLIQUE .....</b>	<b>289</b>
Par Catherine DUMAIS	
<b>L'ARRÊT VALLÉE DE LA COUR D'APPEL : LA CHARTE QUÉBÉCOISE À LA RESCOUSSE DU CODE CIVIL EN MATIÈRE D'EXPLOITATION DES PERSONNES ÂGÉES.....</b>	<b>309</b>
Par Frédérique SABOURIN	
<b>UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE OU LES PIÈGES DE LA PERTINENCE : CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH AND THE LAW .....</b>	<b>327</b>
Par Marianne HARDY-DUSSAULT	
<b>L'ABC DE L'INVESTISSEMENT AU MEXIQUE .....</b>	<b>355</b>
Par Lucie LAPLANTE	
<b>LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES. LÉGISLATION, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE .....</b>	<b>381</b>
Par André GAUVIN	
<b>LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE APPLIQUÉE .....</b>	<b>383</b>
Par René PEPIN	
<b>LES BONS MOTS DU CIVIL ET DU PÉNAL ET EXPRESSIONS JURIDIQUES EN UN CLIN D'ŒIL .....</b>	<b>387</b>
Par Mathieu DEVINAT	

<b>CRIMINAL LAW SOURCEBOOK.....</b>	<b>391</b>
Par Ali ADNAN AL-FEEL	

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES SAGES-FEMMES

**Auteur(s) :** François TÔTH

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 1-43

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11874>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11874>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES SAGES-FEMMES

par François TÔTH\*

*La profession de sage-femme au Québec a été officiellement reconnue le 19 juin 1999 par l'adoption de la Loi sur les sages-femmes<sup>1</sup>. La sage-femme a obtenu le statut de professionnelle de la santé et l'Ordre professionnel des sages-femmes du Québec a été créé. Depuis le 10 juin 2004, la sage-femme peut pratiquer un accouchement à domicile. Quel long parcours depuis l'établissement des premières maisons de naissance dans le cadre des projets-pilotes! Cette nouvelle profession et un cadre juridique particulier interpellent le juriste. Quels sont les droits et obligations de cette nouvelle intervenante en périnatalité? Et surtout, quel est le cadre d'analyse de sa responsabilité civile professionnelle?*

---

*In Quebec, the practice of midwifery was recognized as a profession the 19<sup>th</sup> of June, 1999 following adoption of the Midwives Act<sup>2</sup>. Midwives now enjoy the status of health professionals and a new professional association has been created, the Ordre professionnel des sages-femmes du Québec. Since the 10<sup>th</sup> of June, 2004, midwives are now allowed to perform home births. This constitutes a significant development since the establishment of the first birthing homes during the pilot projects in the 90's. As a «new» health profession, the legal status of midwifery requires some analysis, especially as regards the rights and obligations of the midwife and more importantly, the extent of a midwife's civil liability*

---

\*. Avocat et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. L.R.Q. c. S-0.1.

2. *Ibid.*

## SOMMAIRE

<b>La sage-femme : nouvelle professionnelle en périnatalité</b>	<b>3</b>
<b>1. Cadre légal et réglementaire</b>	<b>4</b>
a. Champ de pratique	5
b. Exercice de la pratique de la sage-femme	6
c. Contrôle de la pratique de la sage-femme	9
i. Contrôle de l'acte par l'Ordre des sages-femmes	9
ii. Contrôle de l'acte par l'établissement cocontractant	9
<b>2. Responsabilité civile de la sage-femme</b>	<b>11</b>
a. Lien juridique sage-femme/parturiente	13
b. Devoirs et obligations	15
i. L'obligation de bien renseigner	17
ii. L'obligation de bien soigner	22
iii. L'obligation de suivre	30
<b>3. Pluralité des intervenants et responsabilité plurale</b>	<b>33</b>
a. Paramètres généraux	35
b. Paramètres quant à la sage-femme	36
c. Paramètres quant au lieu de naissance	36
d. Paramètres quant aux risques obstétricaux	39
i. La sage-femme poursuit le suivi de la grossesse	39
ii. Il y a suivi conjoint sage-femme/médecin	40
iii. Il y a transfert de la responsabilité clinique	40
<b>Conclusion</b>	<b>41</b>
<b>ANNEXE</b>	<b>43</b>



## La sage-femme : nouvelle professionnelle en périnatalité

L'Ordre professionnel des sages-femmes<sup>3</sup> est l'un des 45 ordres professionnels québécois. Fait remarquable et indice de l'importance de la santé dans la vie et le bien-être des citoyens québécois, plus de la moitié des ordres professionnels concernent la santé dans son acception moderne.

Ce n'est pas notre intention de faire l'historique de la création de cet ordre professionnel au Québec. Nous référons le lecteur aux nombreux articles et ouvrages sur le sujet<sup>4</sup>. Beaucoup a été écrit sur ce symbole de la lutte des femmes pour l'obtention des services de sages-femmes. Ce fut un débat très politisé qui n'est peut-être pas terminé. L'avenir nous le dira.

Ce qu'il faut savoir cependant c'est que la légalisation de la profession a été l'objet d'un long processus de mise à l'essai et d'évaluation dans le cadre des projets-pilotes de 1990 à 1998<sup>5</sup>. Cette stratégie des petits pas, même si elle n'allait pas assez vite au goût de certains, s'est avérée fructueuse car elle a pu vaincre les résistances, parfois fondées sur des impressions plutôt que sur des données scientifiques rigoureuses<sup>6</sup>.

- 
3. Ordre des sages-femmes du Québec, voir en ligne : <<http://www.osfq.org/>> [osfq].
  4. Par exemple, Cosmina Caslariu, «La responsabilité civile des sages-femmes au Québec» (1998) 12 R.J.E.U.L. 85, particulièrement aux pages 88 à 93 et notes y citées. La meilleure étude sur la responsabilité civile de la sage-femme québécoise demeure l'article de Me Simard : Caroline Simard, «La responsabilité civile pour la faute de la sage-femme : des projets-pilotes à la légalisation» (2001) 32 R.D.U.S. 59 [Caroline Simard], à l'origine présentée comme essai pour l'obtention de la maîtrise en droit de la santé. L'auteure s'est mérité la bourse d'excellence Chénier-Picard en juin 2000 pour la qualité de son essai.
  5. *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, L.R.Q. c. P-16.1. *Loi prolongeant l'effet de certaines dispositions de la Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, L.Q. 1998, c. 26. Ailleurs au Canada : Alberta : *Health Disciplines Act*, R.S.A. 2000, c. H-2; Colombie-Britannique : *Health Professions Act*, R.S.B.C. 1996, c. 183; Manitoba : *Midwifery Act*, C.C.S.M. c. M125; Ontario : *Midwifery Act*, 1991, S.O. 1991, c. 31; Terre-Neuve : *Midwifery Act*, R.S.N.L. 1990, c. M-11.
  6. Voir Conseil d'évaluation des technologies de la santé, *Les mortinaissances dans le cadre des projets-pilotes de la pratique des sages-femmes au Québec* (Rapport) Montréal, CETS, 1999, en ligne : Agence d'évaluation des technologies et des modes d'intervention en santé <<http://www.aetmis.gouv.qc.ca>>. Voir Jean-François Bégin, «Huit morts évitables» *La Presse* (26 août 1999) A-8.

Depuis 1999, la sage-femme est une professionnelle intégrée au système de santé périnatale.

### 1. Cadre légal et réglementaire

La profession de sage-femme est une profession d'exercice exclusif au même titre que l'exercice de la médecine<sup>7</sup>, ce qui signifie que la praticienne doit être titulaire d'un permis délivré par l'Ordre pour porter le titre de sage-femme<sup>8</sup> et poser les actes professionnels propres à son champ de pratique. La principale fonction d'un ordre professionnel est de s'assurer la protection du public, notamment par le contrôle de l'exercice de la profession par ses membres<sup>9</sup>. La reconnaissance légale de la profession de sage-femme atteste que l'État a considéré que les services de sages-femmes ne pouvaient être dispensés que par des personnes possédant la formation et les qualifications requises par l'Ordre<sup>10</sup>.

Il faut savoir qu'une formation universitaire de 4 ans (130 crédits) est offerte depuis septembre 1999 en pratique sage-femme à l'Université du Québec à Trois-Rivières<sup>11</sup>. Quant aux sages-femmes qui pratiquaient auparavant dans le cadre des projets-pilotes<sup>12</sup>, des dispositions transitoires d'accès à la profession sont prévues<sup>13</sup>.

---

7. *Code des professions*, L.R.Q. c. C-26, art. 32, ann. I aux para 1-21.4.

8. Selon l'art. 52 de la *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, la personne qui, le 30 juin 1999, est titulaire d'une reconnaissance d'aptitude à pratiquer à titre de sage-femme dans les projets-pilotes, délivrée par le comité d'admission à la pratique des sages-femmes conformément à la *Loi sur la pratique des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, *supra* note 5, devient également titulaire d'un permis d'exercice de la profession de sage-femme délivré par le Bureau de l'Ordre.

9. *Code des professions*, *supra* note 7, art. 23.

10. *Code des professions*, *supra* note 7, art. 26.

11. Voir en ligne : Université du Québec à Trois-Rivières <<http://www.uqtr.ca/>>.

12. Soit les sages-femmes autodidactes et formées à l'étranger qui avaient satisfait au *Règlement sur les critères généraux de compétence et de formation des sages-femmes dans le cadre de projets-pilotes*, R.R.Q. 1981, c. P-16.1, r. 0.1.

13. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 52 et s.

### **a.      Champ de pratique**

La *Loi sur les sages-femmes* a défini de façon précise le champ d'activité professionnelle de la sage-femme. Selon l'article 6 de cette loi, constitue l'exercice de la profession de sage-femme tout acte ayant pour objet, lorsque tout se déroule normalement, de donner à une femme les soins et les services professionnels requis pendant la grossesse, le travail et l'accouchement et de donner à une femme et à son enfant les soins et les services professionnels requis durant les six premières semaines de la période postnatale. Ces soins et services professionnels consistent :

1° à surveiller et à évaluer la grossesse, le travail, l'accouchement et, durant les six premières semaines, la période postnatale par l'application de mesures préventives et par le dépistage de conditions anormales chez la femme ou son enfant;

2° à pratiquer l'accouchement spontané;

3° à pratiquer une amniotomie, une épisiotomie et sa réparation ainsi qu'une réparation d'une lacération ou d'une déchirure du premier ou du deuxième degré du périnée. [nos soulignés]

La pratique de la sage-femme s'adresse donc à la grossesse et à l'accouchement qui se déroulent *normalement*. Un pouvoir de prescrire certains médicaments, examens et analyses liés au champ de pratique est également prévu à la loi<sup>14</sup>. De plus, l'article 6 n'interdit pas aux infirmières de donner à une femme et à son enfant les soins infirmiers requis pendant la grossesse, le travail, l'accouchement et la période postnatale<sup>15</sup>.

L'exercice de la médecine est, quant à lui, défini comme suit :

31. L'exercice de la médecine consiste à évaluer et à diagnostiquer toute déficience de la santé de l'être humain, à prévenir et à traiter les maladies dans le but de maintenir la santé ou de la rétablir.

---

14.      *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 8, 59.

15.      *Ibid.*, art. 12.

Dans le cadre de l'exercice de la médecine, les activités réservées au médecin sont les suivantes :

- 1° diagnostiquer les maladies;
- 2° prescrire les examens diagnostiques;
- 3° utiliser les techniques diagnostiques invasives ou présentant des risques de préjudice;
- 4° déterminer le traitement médical;
- 5° prescrire les médicaments et les autres substances;
- 6° prescrire les traitements;
- 7° utiliser les techniques ou appliquer les traitements, invasifs ou présentant des risques de préjudice, incluant les interventions esthétiques;
- 8° exercer une surveillance clinique de la condition des personnes malades dont l'état de santé présente des risques;
- 9° effectuer le suivi de la grossesse et pratiquer les accouchements;
- 10° décider de l'utilisation des mesures de contention. [nos soulignés]<sup>16</sup>

On voit donc les rôles complémentaires de la sage-femme et du médecin. Rien n'empêche l'un et l'autre d'effectuer le suivi d'une grossesse et de pratiquer des accouchements, mais la pratique de la sage-femme est restreinte à la grossesse et à l'accouchement lorsque que tout se déroule normalement. Nous reviendrons sur ce terme.

## **b. Exercice de la pratique de la sage-femme**

Une sage-femme qui désire exercer sa profession pour un établissement qui exploite un CLSC *doit* conclure avec lui un contrat de services d'une durée maximale de trois ans<sup>17</sup>. Cette disposition a le mérite d'être claire. La sage-femme est une professionnelle autonome qui ne devient pas la préposée de

---

16. *Loi médicale*, L.R.Q. c. M-9, art. 31.

17. *Loi sur les services de santé et les services sociaux* L.R.Q. c. S-4.2, art. 259.2, 530.78.1 [LSSSS]. Sous le régime des projets-pilotes, la sage-femme était une employée du CLSC. Changeant de statut, elle doit maintenant conclure un contrat de services avec un CLSC, *Loi sur les sages-femmes*, art. 67. Voir Caroline Simard, *supra* note 4, aux pp. 76-77.

l'établissement<sup>18</sup>, lien de préposition et contrat de services étant antinomiques<sup>19</sup>. Si la demande de la sage-femme est acceptée et si un contrat de services est conclu, le CLSC devra prévoir les droits et les obligations de la sage-femme rattachés à l'exercice de sa profession pour l'établissement<sup>20</sup>. Dans une poursuite en responsabilité civile, l'examen de ce contrat peut être utile afin de déterminer certains devoirs de la sage-femme envers ses patientes, notamment en matière de suivi, de remplacement et de garde.

Il apparaît possible juridiquement pour une sage-femme d'exercer sa profession seule ou avec d'autres sages-femmes sans être rattachée à un CLSC. Toutefois, elle se priverait de l'accès à la maison de naissance ainsi que des services de support médical. Plus concrètement, il pourrait s'agir d'une catégorie de risque qu'un assureur responsabilité ne voudrait pas couvrir<sup>21</sup>.

Comme professionnelle, la sage-femme doit détenir une assurance-responsabilité civile<sup>22</sup>. Les services de sages-femmes sont des services assurés selon la loi et donc disponibles gratuitement au détenteur de la carte d'assurance maladie. Rien ne restreint le droit d'une femme d'accoucher où elle le désire : dans une maison de naissance, un centre hospitalier ou à domicile.

Le concept de la maison de naissance<sup>23</sup> a été élaboré à l'occasion des projets-pilotes. Le mot le dit : il s'agit d'un endroit entièrement dédié au suivi des grossesses et aux accouchements, le tout dans une atmosphère chaleureuse et familiale. La maison de naissance est rattachée à un centre de santé<sup>24</sup>. Afin de permettre le respect de la réglementation en matière de consultation médicale

---

18. Malgré le pouvoir disciplinaire du conseil d'administration de l'établissement cocontractant, *LSSSS, supra* note 17, art. 259.6, 236.

19. C.c.Q., art. 2099.

20. *LSSSS, supra* note 17, art. 259.5.

21. Le ministre de la santé peut conclure avec l'association professionnelle des sages-femmes des ententes pour l'application des contrats de services sage-femme-CLSC et prévoyant la rémunération des sages-femmes et le remboursement, à l'instar des médecins, de tout ou partie d'une prime d'assurance. *LSSSS, supra* note 17, art. 432.1.

22. *Ibid.*, art. 259.9. Actuellement, les sages-femmes sont assurées par le Fonds d'assurance de l'Association des hôpitaux du Québec.

23. Voir le site web de la Maison de naissance Mimosa, en ligne : La maison de naissance Mimosa <<http://www.mimosa.qc.ca/>> [Mimosa].

24. *LSSSS, supra* note 17, art. 92.

et de transfert, l'établissement dont relève la maison de naissance *doit* conclure avec un établissement qui exploite un centre hospitalier une entente assurant, lorsque requis, le support médical à une sage-femme de même que les mesures nécessaires afin de procurer à la femme ou à son enfant, en cas de consultation et de transfert, les soins et les services requis par leur état<sup>25</sup>.

L'accouchement en centre hospitalier sous la responsabilité d'une sage-femme est possible. L'établissement qui a conclu un contrat de services avec une sage-femme *peut* conclure une entente avec un établissement qui exploite un centre hospitalier afin de permettre à la sage-femme d'y pratiquer des accouchements<sup>26</sup>. Rien cependant n'oblige la sage-femme de pratiquer des accouchements en milieu hospitalier. Mais l'entente est nécessaire si la cliente veut accoucher à l'hôpital sous les soins d'une sage-femme. On remarque que l'entente a lieu entre établissements plutôt qu'entre personnes, ce qui facilite la conclusion de telles ententes. Le contenu d'une telle entente est prévu par la loi :

Cette entente doit prévoir les droits et obligations des deux établissements quant à l'utilisation par les sages-femmes des locaux et de l'équipement de l'établissement qui exploite le centre hospitalier, les conditions de collaboration entre, d'une part, les sages-femmes et, d'autre part, les médecins et le personnel infirmier qui exercent leur profession dans le centre hospitalier, les modalités d'admission et de congé que doivent appliquer les sages-femmes à l'égard des femmes et des enfants qui sont sous leur responsabilité ainsi que toute autre modalité administrative nécessaire au bon fonctionnement de l'entente.

[...] [c]ette entente doit également prévoir qu'elle lie tous les médecins visés par les conditions de collaboration prévues au deuxième alinéa.<sup>27</sup>

On remarque cette fois que la collaboration nécessaire entre la sage-femme et le personnel médical et infirmier n'est pas négociable ou soumis à un bon vouloir capricieux.

---

25. *Ibid.*, art. 259.11.

26. *Ibid.*, art. 259.10.

27. *Ibid.*, art. 259.10, al. 2, 3.

La grande nouveauté est certainement la possibilité pour la future maman d'accoucher à domicile. En effet, le *Règlement sur les normes de pratique et les conditions d'exercice lors d'accouchements à domicile*<sup>28</sup> est entré en vigueur le 10 juin 2004<sup>29</sup>.

**c. Contrôle de la pratique de la sage-femme**

Quoique professionnelle indépendante, la sage-femme est soumise à un contrôle de la qualité des actes posés comme tout professionnel québécois.

**i. Contrôle de l'acte par l'Ordre des sages-femmes**

À ce niveau, nous retrouvons le contrôle de la compétence et de la pratique professionnelle selon le cadre imposé par le *Code des professions* : syndic et comité de discipline<sup>30</sup>, comité d'inspection professionnelle<sup>31</sup>, comité de révision<sup>32</sup>. La pratique de la sage-femme est régie par un code de déontologie<sup>33</sup>.

**ii. Contrôle de l'acte par l'établissement cocontractant**

La sage-femme qui conclut un contrat de services avec un CLSC fait partie des ressources humaines de l'établissement. La loi prévoit, à l'instar de la profession médicale, un pouvoir disciplinaire de l'établissement sur la pratique de la sage-femme. Le conseil d'administration peut prendre des mesures disciplinaires à l'égard d'une sage-femme. Ces mesures disciplinaires vont de la réprimande, de la modification ou de la privation de l'un ou plusieurs des droits prévus au contrat de services jusqu'à la résiliation de ce contrat. Toute mesure disciplinaire prise à l'endroit d'une sage-femme doit être motivée et fondée uniquement sur le défaut de qualification, l'incompétence, la négligence,

---

28. R.R.Q. 1981, c. S-0.1, r. 2 [*Règlement sur l'accouchement à domicile*].

29. L'application de ce règlement sera possible dès que l'assurance responsabilité des sages-femmes couvrira également le domicile : osfq, *supra* note 3.

30. *Code des professions*, *supra* note 7, art. 116.

31. *Ibid.*, art. 90, 109.

32. *Ibid.*, art. 123.3.

33. *Ibid.*, art. 87, *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 60.

l'inconduite, l'inobservation des règlements de l'établissement ou le non-respect des obligations prévues à son contrat<sup>34</sup>.

La LSSSS prévoit la création d'un Conseil des sages-femmes pour chaque établissement public qui exploite un CLSC et qui a conclu, avec au moins cinq sages-femmes, un contrat de services<sup>35</sup>. Pour les autres cas, des alternatives sont possibles<sup>36</sup>. Sous réserve du pouvoir disciplinaire du conseil d'administration de l'établissement, le conseil des sages-femmes est responsable envers le conseil d'administration de contrôler et d'apprécier de manière générale la qualité et la pertinence des actes posés par les sages-femmes pour l'établissement<sup>37</sup>.

En outre, la LSSSS stipule qu'un responsable des services de sage-femme doit être nommé par tout établissement qui exploite un centre local de services communautaires où exercent des sages-femmes<sup>38</sup>. Cette personne doit surveiller et contrôler la qualité des actes posés par les sages-femmes pour l'établissement<sup>39</sup>. Le responsable des services de sage-femme doit en outre élaborer des règles de soins que doit appliquer la sage-femme<sup>40</sup>. Il assume aussi des fonctions de coordination des services de sage-femme<sup>41</sup>. Dans l'exécution de ces fonctions, c'est un préposé de l'établissement.

Vu la nature du contrat qui lie une sage-femme et l'établissement, soit un contrat de services, ces mesures de contrôle et de surveillance n'auraient pas pour effet de créer un lien de préposition entre les parties.

---

34. LSSSS, *supra* note 17, art. 259.6.

35. *Ibid.*, art. 225.1.

36. *Ibid.*, art. 225.2, 225.3 *in fine*, 208.2.

37. *Ibid.*, art. 225.3.

38. *Ibid.*, art. 208.1.

39. *Ibid.*, art. 208.2.

40. *Ibid.*, art. 208.2 au para. 2.

41. *Ibid.*, art. 208.3.



## 2. Responsabilité civile de la sage-femme

La *Loi sur les sages-femmes* restreint le champ d'intervention professionnelle de la sage-femme à la *grossesse normale*. En effet, le Bureau de l'Ordre des sages-femmes doit déterminer les cas présentant un risque pour la femme ou son enfant, pendant la grossesse, le travail, l'accouchement et les six premières semaines de la période postnatale, et nécessitant en conséquence une consultation d'un médecin ou un transfert de la responsabilité clinique à un médecin, ainsi que les conditions dans lesquelles cette consultation ou ce transfert doit être effectué<sup>42</sup>. Le *Règlement sur les cas nécessitant une consultation d'un médecin ou un transfert de la responsabilité clinique à un médecin*<sup>43</sup> détermine de façon assez précise ce qu'il faut entendre par «grossesse normale» en déterminant les cas de consultation médicale obligatoire et de transfert obligatoire de la responsabilité clinique à un médecin - ou si on préfère en identifiant les cas où la grossesse présente un risque. Ces dispositions s'appliquent en tous lieux : maison de naissance, centre hospitalier et domicile.

Le libre choix de la femme de consulter un médecin en tout temps n'est aucunement affecté par ces dispositions<sup>44</sup>. La sage-femme conserve aussi son autonomie professionnelle :

Si le bien de la cliente l'exige, la sage-femme doit consulter une autre sage-femme, un membre d'un autre ordre professionnel ou toute autre personne compétente, ou la diriger vers l'une de ces personnes.<sup>45</sup>

Comme le souligne l'auteure Caroline Simard, rien n'empêche la sage-femme d'initier une consultation médicale pour s'assurer que la grossesse de sa cliente est bel et bien une grossesse normale<sup>46</sup>.

---

42. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 5 (3).

43. R.R.Q. 1981, c. S-0.1, r. 1 [*Règlement sur les consultations*].

44. Code de déontologie des sages-femmes, art. 9, en ligne : Ordre des sages-femmes du Québec <<http://www.osfq.org/>> [Code de déontologie]. La sage-femme doit reconnaître en tout temps le droit de la cliente de consulter une autre sage-femme, un membre d'un autre ordre professionnel ou une autre personne compétente.

45. *Ibid.*, art. 14.

46. Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 75.

Lorsque la sage-femme identifie une condition médicale prévue aux annexes<sup>47</sup> du *Règlement sur les consultations*, elle *doit* initier la consultation et informer la cliente des motifs de la consultation<sup>48</sup>. La sage-femme doit fournir au médecin consulté tous les renseignements et les documents pertinents à la consultation, en précisant le cas de consultation obligatoire<sup>49</sup>. À la suite de la consultation obligatoire, la sage-femme doit informer la femme des résultats de celle-ci<sup>50</sup> et, en tenant compte des recommandations du médecin consulté<sup>51</sup> :

[L]a sage-femme [...] :

1° ... poursuit son suivi;

2° ... poursuit son suivi pendant l'épisode de soins simultanés;

3° ... transfère la responsabilité clinique de la femme ou de l'enfant à un médecin.<sup>52</sup>

On voit donc une distinction fondamentale : un cas de consultation médicale obligatoire ne signifie pas automatiquement un transfert de la responsabilité clinique à un médecin.

La sage-femme *doit* transférer la responsabilité clinique de la femme ou de l'enfant à un médecin dans les cas de transfert obligatoire prévus au *Règlement sur les consultations* et informer la cliente des motifs du transfert<sup>53</sup>. Bien sûr, le transfert doit se faire dans des conditions optimales de sécurité pour la mère et l'enfant<sup>54</sup> jusqu'à la prise en charge médicale en tenant en compte les circonstances (urgence, distance, conditions climatiques) où ce transfert a lieu<sup>55</sup>.

---

47. Le *Règlement sur les consultations* comporte plusieurs annexes selon les différentes étapes de la grossesse, du travail, de l'accouchement et du suivi postnatal de la mère et du nouveau-né.

48. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 1, 2.

49. *Ibid.*, art. 3.

50. Ce qui inclut l'accès à son dossier. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 32.

51. Évidemment, la recommandation du médecin doit être conforme au *Règlement sur les consultations*. On ne peut pas recommander un suivi par la sage-femme si la condition commande un transfert au médecin.

52. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 4.

53. *Ibid.*, art. 5, 6.

54. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 17, 48 au para. 4, 54.

55. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 7-10.

### a. Lien juridique sage-femme/parturiente

Comme la sage-femme doit être rattachée à un CLSC par un contrat de services pour y pratiquer sa profession, la femme qui désire avoir recours aux services de sages-femmes doit s'y adresser. Il y a là de la part de la future maman une démarche volontaire de sollicitation de services professionnels.

La première question est celle de savoir s'il y a conclusion d'un contrat entre le CLSC et la cliente pour la fourniture de services de sages-femmes ou si un contrat de soins se crée entre la cliente et la sage-femme.

Cette distinction est très importante au niveau de la détermination du débiteur de soins : CLSC, sage-femme ou les deux. Nous croyons que le CLSC ne fait que mettre en contact la sage-femme et la cliente et ne fournit pas lui-même le service de sage-femme par autrui. La Cour d'appel dans la décision *Camden-Bourgault c. Brochu*<sup>56</sup> a rejeté la théorie du contrat hospitalier selon laquelle l'hôpital serait le débiteur contractuel des soins de santé. Selon Me Jean-Pierre Ménard :

(La) principale conséquence du jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* est de réduire considérablement la sphère de responsabilité hospitalière pour la faute médicale, en écartant toute possibilité de responsabilité de l'hôpital pour la prestation de soins médicaux.<sup>57</sup>

Quoique le CLSC permette l'accès aux services de sages-femmes, il ne paraît être qu'un *facilitateur* et non pas un fournisseur direct de soins ou de services. La nature de la relation contractuelle entre le CLSC et la sage-femme n'apparaît pas comme un facteur déterminant pour cette conclusion puisque la responsabilité contractuelle du CLSC pour le fait d'autrui n'en dépend pas. La question est plutôt de savoir si un contrat peut se former entre la cliente et le

---

56. [2001] R.R.A. 295 (C.A.).

57. Jean-Pierre Ménard, «La responsabilité hospitalière pour la faute médicale après la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Camden-Bourgault* : plus de questions que de réponses», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Le devoir de sécurité et la responsabilité des établissements de santé* (2002), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002, 139 à la p. 147.

CLSC et si oui, si ce contrat inclut les services de sages-femmes. Pour les raisons invoquées plus haut, nous opinons qu'il ne se forme pas de contrat entre la cliente et le CLSC pour la fourniture des services de sages-femmes, ou qu'à tout le moins les obligations contractuelles du CLSC ne sont que des obligations matérielles d'organisation de la maison de naissance ou de structure des services de sages-femmes, mais sans inclure la prestation des services proprement dit.

Il ne faut pas croire que le CLSC soit à l'abri de tout recours. L'établissement a une obligation légale de prestation de soins sécuritaires<sup>58</sup>. Ainsi, il pourra être tenu personnellement responsable d'une déficience dans la fourniture de l'équipement requis<sup>59</sup> ou d'une organisation inadéquate des ressources humaines<sup>60</sup>, telle une surcharge de travail ou une carence dans les services de garde<sup>61</sup>. Le CLSC répondra aussi de la faute de ses préposés, aides natales, infirmières, préposées aux bénéficiaires, responsable des services de sage-femme.

Comme on reconnaît la faculté de choix de la parturiente et le statut professionnel et autonome de la sage-femme, une conclusion s'impose. Un contrat de soins peut se former entre la cliente et la sage-femme. Le régime de la responsabilité civile contractuelle doit donc s'appliquer selon l'article 1458 C.c.Q.<sup>62</sup>. Cela implique de déterminer le contenu obligationnel du contrat et l'intensité de l'obligation assumée. Quant aux victimes par ricochet, seul le régime de responsabilité extracontractuelle trouvera application puisqu'aucun contrat ne se forme entre ces victimes et la sage-femme. On peut par ailleurs certainement imaginer des cas où une sage-femme fournit des soins à une parturiente sans qu'un contrat de soins ne se soit préalablement formé : le régime de responsabilité extracontractuelle prévaudra alors<sup>63</sup>. Mais, comme le précise Me Caroline Simard : «[q]uelle que soit la nature des rapports juridiques

---

58. LSSSS, *supra* note 17, art. 5, 80, 100, 101.

59. *Weiss c. Solomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.) (défaut d'avoir un réanimateur cardiaque disponible à l'étage).

60. *Houde c. Côté*, [1987] R.J.Q. 723 (C.A.). On peut ajouter des lieux inadéquats ou un système de communications déficient.

61. En droit français : Cour d'appel AMIENS, Chambre 1, 15 Octobre 2002, JurisData : 2002-196127.

62. C'est la *summa divisio* du droit de la responsabilité civile.

63. C.c.Q., art. 1457.

qui unissent parturiente et sage-femme, celle-ci doit répondre de ses fautes si elle en commet»<sup>64</sup>.

### **b. Devoirs et obligations**

La création d'une nouvelle profession avec un champ d'exercice exclusif nous oblige à en définir les devoirs et obligations. Établissons tout d'abord que la sage-femme ne saurait être assimilée à une infirmière ou à un médecin omnipraticien. Il s'agit d'une profession avec sa formation universitaire, ses exigences, ses contrôles, ses normes de pratique<sup>65</sup> et son champ de pratique, la grossesse normale. Il ne s'agira pas de comparer la sage-femme avec des praticiens d'un autre ordre professionnel. Il serait erroné et contraire à l'intention du législateur de confondre la pratique de la sage-femme avec celle d'une infirmière bachelière, d'un médecin omnipraticien ou d'un résident de première année en obstétrique-gynécologie.

La pratique de la sage-femme se rapproche bien sûr de celle d'un médecin. Cependant, la pratique de la sage-femme se limite à la grossesse normale et comporte en plus des obligations impératives de consultation et de transfert dans des cas identifiés au *Règlement sur les consultations*. Le médecin n'a pas ces restrictions. Il demeure que le médecin a l'obligation déontologique, dans le cas de grossesse à risque élevé ou qui présente des risques particuliers, de consulter ou de transférer les cas qui dépassent ses compétences<sup>66</sup>. Sa pratique obstétricale dépendra aussi de ses privilèges hospitaliers et de la couverture d'assurance responsabilité qu'il a choisie. Mais, nous ne croyons pas que l'évaluation de la conduite professionnelle de la sage-femme doive se faire suivant le modèle du «bon médecin généraliste oeuvrant en obstétrique, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu»<sup>67</sup>.

---

64. Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 75.

65. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 3 : «[l]a sage-femme doit respecter les normes et principes énumérés par l'ICM (International Confederation of Midwives)». Voir en ligne : ICM <[www.internationalmidwives.org](http://www.internationalmidwives.org)>.

66. *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q. 1981, c. M-9, r. 4.1, art. 42.

67. *Contra* Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 79.

Cela dit, il n'est pas question pour nous de prétendre qu'il y a deux standards de soins selon le choix de la parturiente : le standard médical et le standard sage-femme. Ce serait intolérable. Une grossesse normale doit répondre à un standard de soins appropriés. L'expression de Me Caroline Simard, «règles de l'art obstétrical», nous apparaît particulièrement heureuse<sup>68</sup>. Dans tous les cas, dit la loi, les soins de santé doivent être adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain, social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire<sup>69</sup>.

Tout ce qui précède est applicable à la grossesse qui se déroule normalement, champ de pratique de la sage-femme. Dans l'hypothèse où la sage-femme fait défaut d'identifier un risque obstétrical qui fait dévier la grossesse de la normalité, omet de demander une consultation médicale ou de transférer, il ne peut plus être question du même modèle d'analyse. Les gestes posés par une sage-femme qui assume seule la responsabilité clinique d'une grossesse à risque doivent être comparés à celui du médecin omnipraticien ou spécialiste selon la condition. Un tel suivi est une faute civile : la sage-femme a fait ce que la loi lui interdit de faire. Mais il n'y aura responsabilité, si un dommage survient, que dans la mesure où on pourra dire qu'une intervention médicale aurait évité le dommage : la sage-femme, pas plus qu'un médecin, ne répond des aléas de la vie.

Les obligations professionnelles du médecin, développées par les auteurs Bernardot et Kouri<sup>70</sup>, nous apparaissent tout à fait appropriées à l'analyse de la responsabilité civile de la sage-femme. Nous examinerons plus particulièrement les obligations de renseigner, de soigner et de suivre.

Afin de donner un cadre pratique à ces obligations, nous nous inspirerons des recommandations du Conseil d'évaluation des technologies de

---

68. *Ibid.*

69. LSSSS, *supra* note 17, art. 5.

70. Alain Bernardot et Robert P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1980.

la santé<sup>71</sup> et de la seule poursuite, à notre connaissance, intentée contre des sages-femmes québécoises<sup>72</sup>.

### **i. L'obligation de bien renseigner**

L'obligation de la sage-femme de renseigner la parturiente est le corollaire nécessaire du principe de l'inviolabilité de la personne et de l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé de la personne qui se soumet à des soins<sup>73</sup>.

Dans le cas d'une grossesse, il nous semble raisonnable de dire sans avoir peur de nous tromper que le désir normal des parents est d'accueillir l'enfant dans les meilleures conditions possibles même si le risque zéro n'existe pas et qu'on ne peut prévoir l'imprévisible ou déceler l'indécelable<sup>74</sup>. Le choix de la mère quant à la poursuite de sa grossesse lui appartient<sup>75</sup>.

Comme principes de base, mentionnons que la sage-femme doit chercher à établir une relation de confiance avec sa cliente et exercer sa profession de façon personnalisée<sup>76</sup>. La sage-femme doit être honnête envers la cliente<sup>77</sup> et elle doit éviter de faire toute fausse représentation quant à son niveau de compétence ou quant à l'efficacité de ses services et de ceux généralement assurés par les sages-femmes<sup>78</sup>. En plus des avis et des conseils, la sage-femme doit fournir à sa cliente toutes les explications nécessaires à la compréhension et à l'appréciation des services qu'elle lui rend. Lorsqu'un choix de soins par la cliente est possible, la sage-femme doit lui fournir l'information lui permettant de faire un choix éclairé<sup>79</sup>.

---

71. CETS, *Les mortinaissances*, *supra* note 6.

72. *Lachance et al. c. Beauchemin et al.* [Règlement hors cour], Québec 200-05-008421-971, (C.S.) [affaire Mimosa] Voir aussi Richard Hénault, «Poursuite de 1,3M \$ contre 3 sages-femmes» *Le Soleil* (29 novembre 1997) A-4. En Ontario : *Carere v. Cressman*, [2002] O.T.C. 258 (C.S.).

73. C.c.Q., art. 10, 11.

74. *Claveau c. Guimond*, [1998] R.R.A. 616 (rés.).

75. *Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539.

76. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 11.

77. *Ibid.*, art. 12.

78. *Ibid.*, art. 13.

79. *Ibid.*, art. 15.

Le jugement rendu dans *Labrie c. Gagnon* illustre notre propos. Dans cette affaire, il s'agissait d'un cas d'accouchement vaginal après césarienne [AVAC] à l'occasion duquel les parents reprochaient à leur médecin de ne pas les avoir informés suffisamment des risques de rupture utérine. Devait-il le faire? La Cour d'appel conclut ainsi :

Il va sans dire, les trois experts reconnaissent que le choix appartient à la patiente et que, pour lui permettre d'exercer un choix éclairé, le médecin a l'obligation de lui fournir tous les renseignements requis incluant les risques inhérents à l'une ou l'autre méthode et, plus particulièrement, dans le cas de l'AVAC, le risque de rupture utérine.<sup>80</sup>

Selon le *Règlement sur les consultations*, l'AVAC n'apparaît pas être une contre-indication au suivi par une sage-femme. Toutefois, pendant le travail et l'accouchement, une suspicion de rupture utérine est un cas de transfert obligatoire et une césarienne doit être pratiquée rapidement, sinon d'urgence. Si la césarienne n'est pas pratiquée dans un très court délai, les risques de mortalité de l'enfant sont de 50%<sup>81</sup>. C'est un risque important qui doit être divulgué à la mère.

La cliente doit bien comprendre le champ d'intervention de la sage-femme, soit la grossesse normale. La sage-femme, par ailleurs, est dans la situation délicate où c'est elle qui doit reconnaître que la condition de la cliente présente un risque identifié au *Règlement sur les consultations* et, à notre avis, toute autre situation qui nécessiterait une consultation ou un transfert de responsabilité clinique et en informer la cliente<sup>82</sup>. Nous soumettons que la sage-femme doit même avoir une approche directive lorsque la consultation médicale est obligatoire. Elle ne peut minimiser une condition que le *Règlement sur les consultations* identifie comme nécessitant une consultation obligatoire<sup>83</sup>.

---

80. *Labrie c. Gagnon*, [2003] R.R.A. 400 (C.A.) au para. 19.

81. *Ibid.*, au para. 19.

82. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 2.

83. La *Loi sur les sages-femmes* (art. 5, 6) et les règlements utilisent des expressions comme risque, condition anormale, gravité de la condition de la femme ou de l'enfant, préjudice qui pourrait en résulter, mesure d'urgence.



La sage-femme n'est pas dans cette situation un simple diffuseur d'informations. Dans un tel cas, on peut douter que la sage-femme puisse légalement continuer un suivi alors que la consultation médicale obligatoire n'a pas eu lieu. Le *Règlement sur les consultations* fait peser sur la sage-femme l'obligation de s'assurer que la consultation soit tenue. N'y a-t-il pas obligation légale pour la sage-femme de s'abstenir d'agir si la consultation médicale obligatoire n'a pas lieu<sup>84</sup>? Si oui, et c'est notre opinion, un risque que la consultation médicale aurait pu éviter ne constitue plus un événement imprévisible et irrésistible<sup>85</sup>.

Selon le lieu de naissance, la sage-femme doit s'assurer que la cliente, particulièrement la primipare, comprenne bien les choix disponibles pour le contrôle de la douleur<sup>86</sup>. De plus, la parturiente doit être informée du recours ou non aux différentes techniques de monitoring foetal<sup>87</sup>. Le défaut d'une sage-femme de diagnostiquer un état de souffrance foetale<sup>88</sup>, faute de monitoring foetal adéquat, retardant d'autant la consultation médicale ou le transfert à un centre hospitalier, pourrait entraîner sa responsabilité civile<sup>89</sup>.

Dans le cas d'une grossesse à risque avec consultation médicale obligatoire, la sage-femme devra informer la cliente des résultats de celle-ci<sup>90</sup>. La possibilité d'un suivi de cette grossesse par la sage-femme demeure possible, sujet au choix éclairé de la cliente et aux recommandations médicales. Plus particulièrement, le refus d'une cliente de suivre une recommandation du

---

84. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 14.

85. C.c.Q., art. 1470.

86. À titre d'exemple, *Roy c. Hôpital Ste-Justine*, [1998] R.R.A. 241 (C.Q.).

87. Pratique médicale très usitée en milieu hospitalier. Voir Louise Hardy, *Monitoring foetal et responsabilité de l'infirmière*, essai de maîtrise soumis à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 2002.

88. Cas de transfert obligatoire, *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43.

89. En droit français : Cour d'appel TOULOUSE, Chambre 1 section 1, 13 Octobre 2003, JurisData : 2003-238433. Dans les autres provinces canadiennes, les cas de souffrance foetale donnent lieu à une abondante jurisprudence : *Fullerton (Guardian ad litem of) v. Delair*, 2005 B.C.S.C. 204; *Allen (Next friend of) v. University Hospitals Board*, 2000 A.B.Q.B. 509, conf. par 2002 A.B.C.A. 195; *Bauer (Litigation guardian of) v. Seager*, 2000 M.B.Q.B. 113; *Granger (Litigation guardian of) v. Ottawa General Hospital*, [1996] O.J. n° 2129 (Ont. Gen. Div.) (QL); *McGlone (Guardian ad litem of) v. Kelly*, 2002 B.C.S.C. 774; *Guerineau (Guardian ad litem of) v. Seger*, 2001 B.C.S.C. 291.

90. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 4.

médecin consultant doit être bien documenté au dossier, notamment quant à ses implications pour la mère et l'enfant.

L'obligation de renseigner est une obligation continue tout au long de la prestation de soins. Le *Règlement sur les consultations* identifie d'ailleurs des situations de risque à tout moment de la grossesse, du travail, de l'accouchement et de la période postnatale.

Dans les affaires *Reibl c. Hughes*<sup>91</sup> et *Hopp c. Lepp*<sup>92</sup>, la Cour suprême du Canada a établi que les risques importants devaient être divulgués au patient de façon à s'assurer de son consentement libre et éclairé. Un risque important est celui que la science identifie comme pouvant présenter des conséquences graves, quoique rares, ou fréquentes, quoique bénignes. De plus, doit être divulguée toute information qu'une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances que le patient en l'espèce, jugerait important de savoir. On doit se placer du point de vue de la personne qui veut savoir et qui décide, le patient, et non du seul point de vue du débiteur de soins. Ainsi, dans l'affaire *Reibl*, le fait qu'une intervention chirurgicale importante aurait pu être reportée quelque temps sans préjudice imminent pour le patient, ce qui lui aurait permis de s'assurer du droit à une pension de retraite, a été jugé, en l'espèce, une information importante qui devait être divulguée. Le professionnel de la santé ne doit pas seulement énumérer les risques connus d'une procédure, mais également prendre le temps de connaître son patient et de dialoguer avec lui.

La patiente a également le droit de retirer le consentement donné et la sage-femme doit dans ce cas interrompre la procédure, sauf dans les cas où l'interruption de la procédure compromettrait la vie de la patiente ou de son enfant ou présenterait des problèmes graves et immédiats pour leur santé. Pour exercer ce droit de choisir, la Cour suprême du Canada<sup>93</sup> a imposé au professionnel de la santé l'obligation de renseigner la patiente de tout changement important survenant au cours du traitement et de nature à influencer

---

91. [1980] 2 R.C.S. 880 [*Reibl*].

92. [1980] 2 R.C.S. 192.

93. *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.

sa décision. Cela comprend certainement un changement important quant aux risques que comporte la procédure ou quant à la nécessité de la poursuivre.

La parturiente doit être informée de l'endroit où l'accouchement, sous les soins de la sage-femme, pourra avoir lieu. Comme on l'a vu, l'accouchement en milieu hospitalier n'est possible que si une entente entre le CLSC et un centre hospitalier a été conclue. L'accouchement à domicile présente des particularités au niveau de l'obligation de renseigner. En effet, un formulaire de consentement est prévu et la sage-femme doit fournir à la cliente les renseignements mentionnés sur ce formulaire afin de lui permettre de faire un choix éclairé. Le contenu de ce formulaire est très précis comme on peut le constater :

Je reconnais avoir été informée des éléments suivants :

- des particularités des différents lieux de naissance, des avantages et des risques qui y sont afférents;
- des mesures liées à l'accouchement à domicile;
- des cas où la consultation d'un médecin ou le transfert de la responsabilité clinique à un médecin est nécessaire;
- des mesures d'urgence à prendre lors d'une complication;
- des critères de transport du domicile au centre hospitalier lorsque indiqué, incluant l'implication de la distance.<sup>94</sup>

À notre avis, ce formulaire est indicatif du contenu de l'obligation de renseigner de la sage-femme même si l'accouchement n'a pas lieu au domicile, notamment quant aux «particularités des différents lieux de naissance, des avantages et des risques qui y sont afférents», aux cas de transfert de responsabilité clinique ou de consultation, de suivi conjoint, de transport d'urgence au centre hospitalier, etc. Si le risque zéro n'existe pas, manifestement le niveau de risque n'est pas le même selon le lieu de l'accouchement. Nécessairement, en cas de transfert, il y a aura des délais même avec une équipe très bien entraînée.

Le choix du lieu de naissance n'est pas un choix de dernière minute. Au moment où la femme fait ce choix, il n'y a pas d'urgence. Le choix lui-même

---

94. *Règlement sur l'accouchement à domicile, supra note 28, ann. I.*

n'est pas urgent<sup>95</sup>. En soi, le choix du lieu de l'accouchement est purement électif si la grossesse est normale. La femme a tout le temps et le loisir de faire un choix éclairé, d'où l'importance d'une information complète. Jusqu'où la sage-femme doit-elle aller dans la divulgation des risques? Faut-il craindre qu'une divulgation trop complète ou trop franche effraie la femme et l'amène à renoncer à son désir d'accoucher naturellement à la maison? Penser de cette façon est justement le genre d'appropriation du pouvoir de décider, longtemps reproché aux médecins, en plus de nier complètement à la femme le droit et la capacité de choisir<sup>96</sup>. N'est pas meilleur le comportement de la sage-femme qui minimise les risques au point de donner l'impression qu'un accouchement hors hôpital ne présente aucun aléa. Une demi-vérité est-elle plus acceptable qu'un demi-mensonge?

En matière de responsabilité civile, l'expérience a démontré qu'un dossier bien tenu quant aux informations divulguées à la patiente et quant aux choix de celle-ci étaient d'un secours appréciable en cas de poursuite fondée sur un défaut de renseigner<sup>97</sup>. Devant des allégations précises d'une cliente qui connaît bien son cas, des allégations générales de bonne pratique habituelle, plusieurs années après le fait, font difficilement le poids<sup>98</sup>.

## ii. L'obligation de bien soigner

La loi définit le champ de pratique de la sage-femme comme englobant *tout acte* ayant pour objet, lorsque tout se déroule normalement, de donner à une femme les soins et les services professionnels requis pendant la grossesse, le travail et l'accouchement et de donner à une femme et à son enfant les soins et les services professionnels requis durant les six premières semaines de la période postnatale. L'obligation de soigner de la sage-femme doit s'analyser à travers ce large éventail de soins.

---

95. Le *Règlement sur l'accouchement à domicile* prévoit l'éventualité d'un choix à la 36e semaine.

96. *Dulude c. Gaudette*, [1974] C.S. 618 aux pp. 621-622.

97. *Ban c. Centre universitaire de santé McGill (CUSM) - Hôpital Royal Victoria*, [2005] J.Q. no 3371 (C.S.) (QL).

98. Voir *Labrie c. Gagnon*, *supra* note 80.

Une partie importante du travail professionnel de la sage-femme, compte tenu de son champ de pratique limité, consistera justement à surveiller et à évaluer la condition de la parturiente aux divers stades de la grossesse, du travail, de l'accouchement et de la période postnatale par le dépistage de conditions anormales chez la femme ou son enfant<sup>99</sup>.

Qui dit dépistage, dit processus consciencieux de collecte, d'analyse et de contrôle des données pertinentes, le tout conformément aux bons usages scientifiques et professionnels. Le *Règlement sur les consultations* nous indique bien ce travail de recherche de la sage-femme au niveau des antécédents obstétricaux de la cliente puisque déjà, à ce stade, une grossesse présentant une condition à risque peut nécessiter une consultation médicale obligatoire ou un transfert de responsabilité clinique.

Tout au long du suivi de la grossesse, la sage-femme doit faire les tests et analyses requis par la bonne pratique, colliger l'information au dossier de la patiente, ajuster son suivi selon les circonstances et la condition médicale de la femme et de son fœtus, et faire les recommandations appropriées à la parturiente afin de lui permettre de faire un choix éclairé<sup>100</sup>. Dans l'affaire *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*<sup>101</sup>, un cas de grossesse multiple<sup>102</sup>, un médecin a été blâmé, à la suite d'une échographie, pour ne pas avoir procédé sans retard à d'autres examens plus approfondis devant des indices pouvant laisser soupçonner un retard de croissance intra-utérine<sup>103</sup>.

Il s'agit également des conclusions du Conseil d'évaluation des technologies de la santé dans son rapport<sup>104</sup> :

---

99. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 6.

100. *Carere v. Cressman*, *supra* note 72 : défaut d'une sage-femme d'obtenir un examen par ultrason qui lui aurait permis de découvrir un placenta praevia et d'en informer la cliente; sage-femme tenue responsable de la paralysie cérébrale consécutive de l'enfant (indemnité de 2,3M \$). À noter qu'il s'agit d'un cas où l'acte reproché a été posé en 1985, époque où la profession de sage-femme n'était pas réglementée en Ontario.

101. *Stéfanik c. Hôpital Hôtel-Dieu de Lévis*, [1997] R.J.Q. 1332 (C.S.).

102. Ce qui aurait été un cas de transfert obligatoire de la sage-femme à un médecin, *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, ann. II.

103. Le retard de croissance intra-utérine est également un cas de transfert obligatoire de la sage-femme à un médecin, *ibid.*

104. CETS, *Les mortinaissances*, *supra* note 6.

Certains cas de mortinaissance analysés ont mis en évidence une difficulté à reconnaître la gravité d'un problème et à assurer un suivi adéquat pendant la période prénatale ou lors du travail.

Si le *Règlement sur les consultations* permet le suivi d'une grossesse par une sage-femme dans le cas de certaines conditions à risque identifiées, ce ne sera qu'à la suite d'une consultation médicale et du choix éclairé de la patiente. Me Caroline Simard énonce la règle de droit :

Toutefois, la sage-femme qui ne décèle pas une condition potentiellement dangereuse pour la mère ou le fœtus parce qu'elle n'a pas procédé à une évaluation clinique consciencieuse (histoire de cas, examen physique, tests de laboratoire) commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité. L'erreur est alors la résultante d'un processus fautif.<sup>105</sup>

Un autre élément doit être abordé. C'est la question de la «philosophie sage-femme, propre à sa profession»<sup>106</sup>. Le Code de déontologie précise :

La sage-femme doit respecter la philosophie du regroupement Les Sages-Femmes du Québec<sup>107</sup> et ses modifications subséquentes<sup>108</sup>.

Avoir recours aux services de sages-femmes signifie-t-il une nécessaire adhésion aveugle et sans réserve de la parturiente à une philosophie, particulièrement celle d'un tiers? Y a-t-il danger de dérapage, voire de conflit, entre la philosophie de la sage-femme et les désirs de la parturiente ou encore avec les approches plus «médicales» de la maternité adoptées par d'autres professionnels de la santé? La parturiente n'est pas liée par le Code de déontologie des sages-femmes non plus que les autres professionnels de la

---

105. Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 83.

106. On retrouve sur le site web de l'Ordre des sages-femmes un énoncé de philosophie. Voir annexe ci-après.

107. Le Regroupement Les sages-femmes du Québec est l'association professionnelle des sages-femmes, voir en ligne : Regroupement les sages-femmes du Québec <<http://www.rsfq.org>>.

108. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 2.

santé<sup>109</sup>. Même si on reconnaît que la décision finale est celle de la femme, cette dernière sera nécessairement sensible aux recommandations de sa sage-femme, à qui elle fait confiance<sup>110</sup>. L'auteur Caroline Simard rapporte :

L'obligation de soigner comporte celle de référer en cas de besoin. À ce sujet, l'équipe d'évaluation des projets-pilotes a fait état de l'hésitation des sages-femmes à transférer les femmes vers les obstétriciens, en raison principalement de conflits interprofessionnels. Nous soumettons que les décisions de consultations [...] et de transferts doivent être dictées uniquement par la condition et les besoins médicaux de la mère et du nouveau-né. Procéder autrement constitue une faute.<sup>111</sup>

[...] L'équipe d'évaluation des projets-pilotes mentionne toutefois la tendance de certaines sages-femmes qui, motivées par une philosophie de non-intervention, repoussent les transferts au-delà des limites prescrites.<sup>112</sup>

Le retard à identifier une condition anormale et à transférer la patiente peut être la cause des séquelles subies par l'enfant. Non seulement la sage-femme doit être à l'écoute de sa cliente et porter une attention particulière à ses plaintes, elle doit réagir aux signaux d'alerte et se donner les moyens de les détecter<sup>113</sup>. Dans l'affaire *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, les infirmières d'un centre hospitalier ont été jugées fautives d'avoir tardé à appeler le médecin malgré les instructions de ce dernier et les demandes répétées de la parturiente<sup>114</sup>.

La philosophie de la sage-femme prône un «recours judicieux à la technologie». Qu'avec élégance ces choses sont dites, mais il ne faut pas croire

---

109. Par exemple, le médecin doit pratiquer la médecine selon des principes scientifiques, *Code de déontologie des médecins*, *supra* note 66, art. 6.

110. *Labrie c. Gagnon*, *supra* note 80 au para. 31 : «[i]l est tout aussi évident, comme le souligne le premier juge, que la recommandation du médecin que consulte le patient – comme tout autre professionnel d'ailleurs – est un élément très important dans l'exercice de son choix».

111. Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 85 [notes et parenthèses omises].

112. *Ibid.* aux pp. 86-87 [notes omises].

113. Cour d'appel TOULOUSE Chambre 1 section 1, 13 Octobre 2003, JurisData : 2003-238433.

114. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, [1989] R.J.Q. 64 (C.A.).

que la preuve d'une pratique professionnelle largement répandue ou adoptée par les membres d'un ordre professionnel met à l'abri de l'examen judiciaire et de la responsabilité civile. Il faut que le caractère raisonnable de cette pratique puisse être démontré. La sage-femme qui adhère à une pratique professionnelle courante - ou une philosophie - qui n'est pas conforme aux normes générales de la responsabilité, c'est-à-dire que la conduite professionnelle doit être raisonnable et diligente, peut engager sa responsabilité selon les faits de l'affaire<sup>115</sup>. Il ne sera pas suffisant de dire que «tout le monde fait ça» ou que «c'est comme ça que ça se passe» ou que «c'est contraire à notre philosophie». Dans *G. v. C. et de Coster*, le tribunal n'a pas hésité à intervenir pour corriger un usage professionnel imprudent<sup>116</sup>. De plus,

Le simple bon sens commande que, lorsque des méthodes simples pour éviter un danger ont été conçues, sont connues et sont accessibles, celui qui ne les emploie pas et provoque ainsi un résultat fatal ne peut pas prétexter que d'autres suivent la même pratique ancienne, moins prudente; que, lorsque ces méthodes sont aisément compréhensibles pour une personne ordinaire, par qui en outre la nécessité de les employer ou non est facilement comprise, il appartient autant au tribunal ou au jury qu'à des experts de trancher les questions; et que l'existence d'une pratique qui les néglige, même si elle est générale, ne peut pas protéger le chirurgien défendeur.<sup>117</sup>

Le monitoring foetal est un bon exemple<sup>118</sup>. Il s'agit d'une pratique courante et simple qui permet aux praticiens de détecter en temps utile un cas

---

115. *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374.

116. *G. v. C. et de Coster*, [1960] B.R. 161.

117. *Anderson c. Chasney*, [1949] 4 D.L.R. 71 (C.A. Man.), conf. par [1950] 4 D.L.R. 223 (C.S.C.). Traduction tirée de *ter Neuzen c. Korn*, [1995] 3 R.C.S. 674 au para. 49.

118. Me Caroline Simard, *supra* note 4 à la p. 86, rapporte : «Dans le cadre de nos recherches, nous avons assisté à une séance d'informations dans une maison de naissance [...] selon la sage-femme conférencière, le fait qu'il y ait peu d'équipement médical dans les maisons de naissance (par exemple à la maison Mimosa, on ne dispose pas du moniteur de coeur foetal) constitue un avantage puisque «cela permet aux sages-femmes d'éviter d'avoir à *challenge* les risques» de sorte que les transferts s'effectueraient plus tôt». Mme Louise Hardy explique que le monitoring foetal est un outil de choix pour évaluer la condition foetale. Par contre, son utilisation amène un taux plus élevé d'interventions obstétricales tels le recours à la césarienne ou l'utilisation des forceps. *Ibid.* à la p. 6.



de souffrance foetale<sup>119</sup>. On a déjà jugé qu'un médecin doit suivre les signaux du moniteur foetal et réagir adéquatement :

The issue is not whether Dr. Kelly could have made an honest error of judgment in interpreting the strip, or whether he could have come to the conclusion that the data which was produced by the fetal heart monitoring equipment did not suggest intervention, but the issue is that he was not paying attention and did not even notice that significant accelerations in the fetal heart beat were not associated with the contractions of labour.

The standard of care of application to Dr. Kelly required that he observe and consider the information available to him from the fetal heart monitoring.

[...] I am of the opinion that Dr. Kelly was negligent in not paying adequate attention to the data being produced by the fetal heart monitoring equipment and in not noticing that rapid accelerations in the rate of the fetal heart were not associated with uterine contractions, and that Dr. Kelly's negligence was a material cause of Taylor's birth not being expedited and her being injured at birth by asphyxiation.<sup>120</sup>

Le fait qu'une maison de naissance ne dispose pas d'un moniteur foetal ou que la sage-femme n'y ait pas recours est-il fautif? La sage-femme n'a pas d'obligation légale de consulter un médecin si la grossesse est normale mais elle doit prescrire, effectuer et interpréter les examens et analyses de la bonne pratique obstétricale. Chose sûre, en cas d'accident, les décisions de la sage-femme seront scrutées attentivement. Dans certaines circonstances, la survenance d'un cas de transfert obligatoire ou d'un autre cas d'urgence pourra nécessiter le monitoring foetal de façon à informer le médecin du rythme cardiaque de l'enfant et à préparer l'intervention médicale. S'il n'y en a pas eu, comment anticiper une condition anormale et assurer un transfert sécuritaire?

---

119. En cas de souffrance foetale en cours de travail ou d'accouchement, la parturiente doit être transférée à un médecin, *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, ann. III au para. 11.

120. *McGlone (Guardian ad litem of) v. Kelly*, *supra* note 89 aux para. 235, 236, 245.

Dans l'affaire *Carere v. Cressman*, un tribunal ontarien avait à déterminer si le recours à un examen à l'ultrason était une pratique que devait suivre une sage-femme en 1985, même si cette dernière ne pouvait pas prescrire un tel examen à cette époque, la profession de sage-femme n'étant pas réglementée :

Given the fact that there may be an undetected placenta previa<sup>121</sup>, and given the risks of performing an ECV (pour «external cephalic version» - version céphalique externe<sup>122</sup>) in the presence of a placenta previa, is it reasonable to expect a midwife to direct the patient to obtain an ultrasound examination through her medical doctor to determine the location of the placenta before the midwife performed an ECV?

In my view, the answer to this question is found by examining the risks to the patient if the midwife performs the ECV without knowing the location of the placenta, and by examining the ease with which an ultrasound examination could be obtained.

[...] Therefore, I find that a reasonable midwife in 1985 in Ontario would be expected to direct the patient to obtain an ultrasound examination through her medical doctor, or the local hospital, to determine the location of the placenta before the midwife performed an ECV. I also find that this standard of care must be even more strictly followed if the midwife knew, or ought to have known, that the risk of complications that was greater than usual.<sup>123</sup>

Le fait pour la sage-femme de ne pas avoir recommandé l'ultrason comme moyen de diagnostic a également violé son obligation de renseigner la

- 
121. Insertion anormale du placenta dans le segment inférieur de l'utérus : Marcel Garnier et Jacques Delamare, *Dictionnaire illustré des termes de médecine*, 28<sup>e</sup> éd., Paris, Maloine, 2002 [Garnier Delamare]. Au Québec, risque nécessitant un transfert obligatoire, *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, ann. III au para. 10.
122. Version : changement de position que l'on imprime au fœtus pour faciliter sa sortie de l'utérus. Elle est dite céphalique quand on amène la tête du fœtus vers le petit bassin et externe car on la pratique en imprimant au fœtus des mouvements à travers la paroi : Garnier Delamare, *supra* note 121.
123. *Carere v. Cressman*, *supra* note 72 aux para. 92, 93, 97.

parturiente madame Carere. Or, le tribunal estime que si la mère avait été bien informée, il est raisonnable de penser qu'elle aurait refusé la procédure proposée (version céphalique externe) :

However, a reasonable patient in Carere's particular position would still not act foolishly even if she was an ardent believer in home birth. If the serious consequences of performing an ECV in the presence of a placenta previa were explained, and if the patient was told that she was at a higher risk of having a placenta previa, I find that a reasonable patient in Carere's particular position would have probably declined to have the ECV.

Furthermore, if the same information had been fully explained to the patient, and if the patient was told that she could adequately determine the risk by having a simple ultrasound examination, I find that a reasonable patient in Carere's particular position would have elected to have the ultrasound examination before having the ECV. If so, the ultrasound would have detected the placenta previa and the ECV would not have been performed.<sup>124</sup>

### iii. L'obligation de suivre

S'il est un volet sur lequel l'Ordre des sages-femmes insiste, c'est bien celui du suivi. Et c'est également sur cet aspect que les femmes ont le plus réclamé de services. Alors que le suivi médical traditionnel se limite souvent à une visite mensuelle, les autorités sanitaires ont réagi en mettant sur pied des cours prénatals et un suivi *post partum* par le CLSC. Il demeure que la parturiente a besoin de plus d'aide et de support malgré les efforts consentis par sa famille et son entourage qui sont des néophytes, particulièrement lors de l'accouchement et du travail.

Selon l'Ordre des sages-femmes :

Le suivi de la sage-femme va bien au-delà de la stricte naissance du bébé. La relation entre la sage-femme et la future maman commence dès le début de la grossesse et dure jusqu'à la période postnatale. La

---

124. *Ibid.*, aux para. 120, 121.

professionnelle est là tout au long des processus physiologiques normaux se présentant au cours de la grossesse ainsi que pendant et après l'accouchement. Elle guide la femme et sa famille à traverser cette grande étape de transformation.<sup>125</sup>

Afin d'assurer un suivi adéquat à la cliente, la pratique de la sage-femme est organisée en pratique de groupe<sup>126</sup>. La cliente choisit ou se fait assigner une sage-femme. Celle-ci est jumelée à une autre sage-femme, la coéquipière, que la cliente rencontrera pendant sa grossesse. Quoique l'on s'attende à ce que la sage-femme responsable soit présente à l'accouchement dans la majorité des cas, il peut arriver que ce soit la coéquipière qui l'accompagne lors de l'accouchement<sup>127</sup>. Cela signifie que la coéquipière devra connaître le dossier aussi exhaustivement que la sage-femme responsable. La coéquipière pourra également seconder la sage-femme responsable lors de la naissance de l'enfant ou la remplacera, au besoin<sup>128</sup>. La coéquipière assurant les soins d'une cliente pendant l'absence de la sage-femme responsable doit transmettre à celle-ci, à son retour, toute information utile à la continuité des soins pour cette cliente<sup>129</sup>.

Dans le cas du transfert obligatoire de la responsabilité clinique à un médecin, la sage-femme doit prendre les mesures appropriées pour faciliter le transfert en fonction de la nature du cas de transfert obligatoire<sup>130</sup>. La sage-femme qui se trouve avec la femme (sage-femme responsable ou coéquipière) ou l'enfant au moment du transfert doit l'accompagner jusqu'à la prise en charge médicale lorsque les circonstances le requièrent<sup>131</sup>. La sage-femme doit fournir au médecin tous les renseignements et les documents

---

125. Osfq, *supra* note 3 (à spécificité de la pratique).

126. C'est un mode de pratique que l'on rencontre chez les médecins obstétriciens. Voir par exemple, *Drapeau-Gourd c. Power* (16 mars 1982), Montréal 500-05-004294-755, J.E. 1982-424 (C.S.).

127. On comprend la nécessité d'une stricte tenue du dossier obstétrical.

128. *Mimosa*, *supra* note 23.

129. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 55.

130. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 7.

131. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 8.

pertinents à la prise en charge de la parturiente ou de l'enfant, en précisant le cas de transfert visé au règlement<sup>132</sup>.

Que se passe-t-il si la femme refuse la consultation médicale ou le transfert obligatoires? La personne étant inviolable, une parturiente apte peut refuser un soin même bénéfique<sup>133</sup>. Un refus éclairé de soins est valable en droit. On ne peut pas non plus forcer la femme à recevoir un soin médical, même si la vie ou la santé de son fœtus peut être en jeu<sup>134</sup>. Mais la sage-femme doit-elle continuer à suivre cette parturiente? Nous ne le croyons pas. Si la grossesse dévie de la normalité, la sage-femme doit se retirer. Toute convention visant à exclure ou limiter la responsabilité civile de la sage-femme serait sans effet<sup>135</sup>. Le désir, voire l'obstination de la parturiente, ne peut rendre légal ce qui est illégal. En droit, il s'agit d'un refus de collaborer aux soins et la sage-femme peut mettre fin au contrat<sup>136</sup>. En fait, l'exécution du contrat de soins est face à une impossibilité d'exécution juridique, la loi ne permettant pas à la sage-femme de continuer à suivre cette parturiente<sup>137</sup>. Le retrait de la sage-femme n'est donc pas susceptible de responsabilité civile.

La sage-femme ne pourra pas non plus être taxée d'avoir abandonné sa cliente. Il n'y a pas urgence et des soins de santé sont tout à fait disponibles par d'autres professionnels. Si la sage-femme passe outre à l'interdiction légale, la prestation de soins n'est plus sécuritaire au sens de la loi et devant ce cas de négligence, le CLSC serait bien fondé d'exercer son pouvoir disciplinaire et de résilier le contrat de services<sup>138</sup>. Une plainte déontologique, pour avoir

---

132. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 9; Code de déontologie, *supra* note 44, art. 54.

133. C.c.Q., art. 10, 11 C.c.Q. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, *Le corps humain, l'inviolabilité de la personne et le consentement aux soins*, Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 1999 aux para. 297, 336 et s. Pauline Lesage-Jarjoura et Suzanne Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale : le droit dans le quotidien de la médecine*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 au para. 219 [Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens].

134. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925.

135. C.c.Q., art. 1474; Code de déontologie, *supra* note 44, art. 19.

136. Lesage-Jarjoura et Philips-Nootens, *supra* note 133 au para. 37.

137. C.c.Q., art. 1693.

138. *LSSSS*, *supra* note 17, art. 259.6.

outrépassé ses compétences, pourrait être portée contre la sage-femme<sup>139</sup>. On peut même penser qu'un tel suivi serait un risque exclu par l'assureur.

Toujours dans cette même hypothèse, si l'accouchement tourne mal, la responsabilité civile de la sage-femme est-elle engagée? Supporte-t-elle tous les aléas de l'accouchement ou seulement les conséquences de ses gestes? Un tel suivi est certainement une faute civile. Il n'y a pas de présomption de causalité entre le suivi illégal et un préjudice à l'enfant. Par contre, si la sage-femme s'engage dans une activité risquée sans avoir les compétences que la loi prescrit, elle ne pourra plaider qu'elle a fait de son mieux. Dans cette hypothèse, les gestes de la sage-femme seront comparés à ceux d'un spécialiste des grossesses à risques<sup>140</sup>.

Pourrait-on plaider que la «faute de la mère» est la seule cause du dommage? Exercer son droit fondamental de refuser des soins n'est certainement pas une faute. Au mieux, il s'agirait d'une acceptation des risques mais pas d'une renonciation à exercer un recours en responsabilité civile<sup>141</sup>. La sage-femme serait-elle excusée? L'affirmer serait d'avaliser une pratique interdite par la loi.

Si le geste fautif de la sage-femme cause un préjudice à l'enfant et qu'il naît viable, un recours en responsabilité civile, par le représentant légal de l'enfant<sup>142</sup>, est possible contre la sage-femme. La sage-femme pourrait-elle alors intenter un recours récursoire contre la mère pour avoir refusé la consultation médicale ou le transfert? Il faudrait alors conclure que la mère avait le devoir de se faire soigner, ce qui n'est pas possible selon la Cour suprême du Canada<sup>143</sup>. La responsabilité reviendrait alors entièrement à la sage-femme<sup>144</sup>.

---

139. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 8, 17, 48(4).

140. Lesage-Jarjoura et S. Philips-Nootens, *supra* note 133 au para. 305.

141. C.c.Q., art. 1477.

142. *Ibid.*, art. 159.

143. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, *supra* note 134.

144. C.c.Q., art. 1481.

La sage-femme n'est pas non plus dans la situation d'un bon samaritain et ne pourra profiter de l'immunité partielle de l'article 1471 C.c.Q. La sage-femme ne porte pas secours à la parturiente en acceptant de continuer à la suivre. D'ailleurs, la *Loi sur les sages-femmes* envisage les cas d'urgence et lui permet de poser certains actes médicaux lorsque, justement, l'aide médicale n'est pas disponible à temps<sup>145</sup>. La sage-femme ne peut provoquer une situation d'urgence pour ensuite l'invoquer afin de s'exonérer.

### 3. Pluralité des intervenants et responsabilité plurale

La naissance doit être un événement heureux mais ce n'est pas toujours le cas. Selon le Rapport sur les soins de santé au Canada 2004 de l'Institut canadien d'information sur la santé, les traumatismes à la naissance surviennent chez près de 11,6 cas parmi 1 000 naissances à l'hôpital, soit 1 traumatisme pour 81 nouveau-nés. Les soins périnatals étant souvent multidisciplinaires, il est nécessaire de se pencher sur la pluralité des intervenants et la responsabilité qui peut en découler.

La *Loi de Murphy* veut que les catastrophes aient une fâcheuse tendance à se produire. L'affaire *Mimosa* est certainement l'exemple-type du «worst case scenario». Résumé succinctement, il s'agit du suivi d'une grossesse à risque par des sages-femmes alors qu'il aurait dû y avoir un transfert de responsabilité clinique à un médecin ou, à tout le moins, une consultation médicale<sup>146</sup>. L'accouchement a eu lieu dans une maison de naissance et le nouveau-né s'est rapidement trouvé en détresse cardio-respiratoire. Branle-bas de combat général : l'enfant, très mal en point, doit être transféré d'urgence à l'hôpital. Les médecins reçoivent l'enfant dans un état catastrophique, sans avoir le dossier, et perdent du temps à chercher la pathologie. Les analyses biologiques n'ont pas été faites et le placenta a été détruit à la maison de naissance. C'est le cauchemar d'un médecin de garde.

---

145. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 6.

146. Rupture des membranes chez une parturiente, porteuse connue de streptocoque du groupe B. Selon nous, les gestes posés par une sage-femme qui assume seule la responsabilité clinique d'une grossesse à risque doivent être comparés à celui du médecin omnipraticien ou spécialiste selon la condition.

La méthode d'analyse de la responsabilité de la sage-femme n'est pas différente de la méthode classique applicable en responsabilité civile. Après avoir déterminé les devoirs légaux ou contractuels de la sage-femme, il faut déterminer s'il y a eu faute, c'est-à-dire violation de ces devoirs. Vu la nature de la prestation de soins, où l'aléa est toujours possible, on peut qualifier généralement les obligations de la sage-femme comme étant des obligations de moyen<sup>147</sup>, ce qui implique l'appréciation *in abstracto* de son comportement. Ainsi, le comportement de la sage-femme à un moment donné devra être comparé à celui d'une praticienne prudente et diligente, placée dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, ce qui est une norme objective. Le fait que la profession de sage-femme soit récente et que les premières cohortes d'étudiantes universitaires seront bientôt diplômées fera en sorte que les normes de pratique de la sage-femme québécoise devront être déterminées par les tribunaux. À notre point de vue, la détermination des normes de pratique acceptables ne se fera pas dans l'abstrait ou seulement à partir de ce que les sages-femmes québécoises estiment être la «bonne pratique obstétricale». On aura recours aux ouvrages scientifiques reconnus et faisant autorité et aux pratiques des sages-femmes d'autres provinces ou formées à l'étranger. Les médecins de famille, obstétriciens et infirmières en périnatalité seront consultés, par exemple quant aux risques associés à telle ou telle complication ou condition<sup>148</sup>, aux signes avant-coureurs, aux mesures préventives et de surveillance. La détermination de la «bonne pratique obstétricale» n'appartient pas qu'à une seule catégorie de professionnels de la santé.

L'arrivée d'une nouvelle professionnelle en périnatalité fera en sorte de rendre l'analyse juridique plus complexe en matière de pluralité d'intervenants. Il n'est pas de notre intention de passer en revue la multitude de cas qui pourraient survenir, au risque d'en omettre, mais plutôt d'examiner les paramètres pertinents à cette analyse.

---

147. Ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, en cas de transfert, la transmission en temps opportun des renseignements et des documents pertinents à la prise en charge médicale, nous apparaît être une obligation de résultat.

148. Voir la méthodologie du tribunal dans *Carere v. Cressman*, *supra* note 72 au para. 84 : «Because there was no recognized practice for midwives who performed ECVs [external cephalic version] in Ontario as of 1985, it is for the court to determine the reasonable standard of care expected of a midwife who attempted to do so».



**a. Paramètres généraux**

Selon nous, un contrat de soins peut se créer entre une parturiente et une sage-femme, ayant pour objet les soins de santé. Ce contrat de soins comporte plusieurs obligations, généralement des obligations de moyens. La sage-femme doit cependant s'assurer que ce contrat peut légalement se former et être exécuté c'est-à-dire déterminer si, en tout temps pertinent, la grossesse évolue normalement. Tout écart dans le déroulement de la grossesse, le travail, l'accouchement ou la période postnatale peut obliger la sage-femme à transférer la patiente à un médecin. Cet écart n'est pas, à notre avis, limité à la nomenclature des risques énumérés au *Règlement sur les consultations* mais à toute condition qui, selon les règles de l'art obstétrical, nécessiterait une consultation médicale ou un transfert.

En présence de faute causale d'un préjudice et dans l'hypothèse précitée, la responsabilité de la sage-femme serait de nature contractuelle<sup>149</sup>.

---

149. C.c.Q., art. 1458.

**b. Paramètres quant à la sage-femme**

La sage-femme répond de la faute qu'elle commet à titre de sage-femme responsable ou à titre de coéquipière. À notre avis, lorsque la sage-femme responsable est assistée d'une coéquipière, il ne s'agit pas de délégation de soins, entraînant une responsabilité contractuelle de la sage-femme responsable pour le fait d'autrui. La sage-femme responsable ne fait qu'exécuter ses propres obligations de diligence, en assurant le suivi de la parturiente ou en se faisant assister par une professionnelle qualifiée. Si c'est la coéquipière qui pratique seule l'accouchement et qu'elle commet une faute, seule la responsabilité de cette dernière pourra être recherchée, à moins que l'on puisse dire que le remplacement a été fautif, comme ce serait le cas si la coéquipière n'avait pas le degré d'expertise requis pour le cas<sup>150</sup>. Si chaque sage-femme commet une faute, on pourra conclure à une responsabilité *in solidum*<sup>151</sup>. Telle serait l'hypothèse où une sage-femme commet une faute (par exemple une faute de prescription de médicament), que la coéquipière aurait dû détecter.

**c. Paramètres quant au lieu de naissance**

La parturiente doit être informée de ses choix, s'il en est, en matière de lieux de naissance : maison de naissance, centre hospitalier ou domicile. La sage-femme doit, en outre, tenir compte des recommandations du médecin consulté et le cas échéant, les transmettre à la cliente de façon à lui permettre de faire un choix éclairé.

Même si l'accouchement a lieu en maison de naissance, la sage-femme peut, ou dans certains cas doit, requérir une consultation médicale ou un transfert. C'est l'obligation du CLSC de conclure avec un centre hospitalier une entente quant au soutien médical<sup>152</sup>. Le médecin consulté n'a pas le contrôle ni ne dirige la sage-femme lors de l'accouchement à la maison de naissance. Il répond toutefois de ses propres fautes comme tout professionnel. Le médecin devra être particulièrement prudent dans les cas de consultation médicale à

---

150. En matière médicale, voir *Currie c. Blundell*, [1992] R.J.Q. 764 (C.S.).

151. *Ibid.*

152. *LSSSS, supra* note 17, art. 259.11.

distance, surtout lorsqu'il n'a pas accès aux tracés et autres données essentielles à son diagnostic. Cela n'exonère pas la sage-femme si elle tarde à appeler le médecin en consultation, à colliger les données nécessaires au diagnostic ou à initier le transfert.

L'accouchement en centre hospitalier par une sage-femme n'est possible que si une entente a été conclue entre le CLSC et le centre hospitalier. Comme professionnelle, la sage-femme ne devient pas une préposée momentanée du centre hospitalier. Ce dernier n'exerce aucun contrôle ou direction sur l'acte professionnel<sup>153</sup>. Le centre hospitalier est toutefois tenu des obligations auxquelles il s'est engagé par le biais de l'entente conclue avec le CLSC, obligations au bénéfice des usagères et des sages-femmes<sup>154</sup>. Le centre hospitalier répond cependant des fautes de ses préposés, telles les infirmières de son service d'urgence ou d'obstétrique<sup>155</sup>.

Le fait qu'une collaboration doive être prévue entre la sage-femme et les ressources médicales du centre hospitalier n'entraîne pas une responsabilité des médecins pour les fautes de la sage-femme. La sage-femme n'est pas dans la situation où elle pose des actes médicaux par délégation sous une surveillance médicale immédiate. Le médecin de garde n'a pas à être présent de façon continue sauf si la situation l'exige. De plus, qu'un médecin traitant soit assisté par une sage-femme n'en fait pas non plus *ipso facto* le commettant de cette dernière, pas plus qu'il ne devient commettant des infirmières qui l'assistent. Le médecin répond toutefois de sa propre faute : ainsi, s'il laisse une patiente aux soins d'une sage-femme dépassée ou surchargée, il pourra être trouvé responsable<sup>156</sup>.

La jurisprudence québécoise a toutefois reconnu qu'un médecin pouvait voir sa responsabilité civile engagée pour les fautes des médecins résidents à qui il a délégué des tâches médicales, en l'espèce le suivi d'un patient qui dépassait

---

153. *Camden-Bourgault c. Brochu*, *supra* note 56.

154. *LSSSS*, *supra* note 17, art. 259.10.

155. *Gravel c. Hôtel-Dieu d'Amos*, *supra* note 114.

156. Cour d'appel PARIS Chambre 1 section B, 23 Septembre 2004, JurisData : 2004-254024.

le cadre normal du suivi infirmier<sup>157</sup>. Ce serait aussi le cas du médecin qui, devant exécuter lui-même l'accouchement, se substitue la sage-femme. La réciproque est aussi vraie : une sage-femme qui se substitue une aide natale<sup>158</sup> ou une sage-femme stagiaire pour l'exécution des actes qu'elle doit poser elle-même répond de la faute de cette dernière.

Dans une affaire française, on a jugé qu'un obstétricien avait commis une faute de surveillance pour avoir négligé de s'être rendu au chevet de la parturiente, bien qu'informé par la sage-femme, par téléphone, de la présence de liquide méconial lors de la rupture des membranes, indice évident de souffrance foetale. En l'espèce, le médecin ne pouvait valablement se retrancher derrière les indications rassurantes de la sage-femme, quant à l'apparente normalité des tracés de monitoring, laissés à la seule interprétation de cette dernière. Le praticien devait consulter lui-même le tracé de l'enregistrement du coeur foetal afin de vérifier directement le rythme des battements<sup>159</sup>.

En cas de pluralité de fautes causales distinctes, dont chacune aurait pu entraîner le dommage mais sans qu'on puisse déterminer avec certitude laquelle l'a effectivement causé, une responsabilité solidaire est prévue<sup>160</sup>. Ce sont les codébiteurs qui ont alors l'obligation de faire déterminer les quotes-parts de chacun dans la condamnation<sup>161</sup>.

Dans le cas d'un accouchement à domicile, des exigences matérielles sont requises et doivent être vérifiées par la sage-femme avant l'accouchement<sup>162</sup>. La sage-femme doit de plus avoir en sa possession lors de

---

157. *Labrecque c. Hôpital du St-Sacrement*, [1995] R.R.A. 510 (C.S.), conf. par [1997] R.J.Q. 69 (C.A.). Aussi *Goupil c. Centre hospitalier universitaire de Québec (Pavillon Hôtel-Dieu de Québec)*, [2001] R.J.Q. 1814 (C.S.) [*Goupil*]; *Murray-Vaillancourt c. Clairoux*, [1989] R.R.A. 762 (C.S.).

158. Il s'agit d'une préposée aux bénéficiaires qui apporte un soutien aux sages-femmes d'une maison de naissance. La délégation d'actes à cette aide natale doit être forcément restreinte à des actes purement accessoires. Voir *Mimosa*, *supra* note 23.

159. Cour d'appel PAU Chambre 1, 21 Décembre 2000, JurisData : 2000-138044.

160. C.c.Q., art. 1480; *Leroux c. Hôtel-Dieu d'Arthabaska*, [1990] R.R.A. 378 (C.A.).

161. C.c.Q., art. 1478, 1529, 1537. C.p.c., art. 469.

162. *Règlement sur l'accouchement à domicile*, *supra* note 28, art. 4, 5.

l'accouchement, le dossier de la parturiente et tous les équipements énumérés au *Règlement sur l'accouchement à domicile*.

En cas de transfert d'urgence, la sage-femme doit s'assurer qu'il se déroule en toute sécurité pour la mère et son bébé jusqu'à la prise en charge médicale<sup>163</sup>.

#### **d. Paramètres quant aux risques obstétricaux**

La sage-femme doit initier une consultation d'un médecin dans les cas de consultations obligatoires prévus par l'une des annexes du *Règlement sur les consultations* ainsi que dans tous les cas où le bien de la parturiente l'exige<sup>164</sup>. Elle doit s'assurer que la consultation soit tenue dans un délai raisonnable, compte tenu de la gravité de la condition de la femme ou de l'enfant et du préjudice qui pourrait en découler<sup>165</sup>. À la suite de cette consultation, la sage-femme doit informer la femme des résultats de celle-ci et, en tenant compte des recommandations médicales<sup>166</sup>.

#### **i. La sage-femme poursuit le suivi de la grossesse**

Dans cette hypothèse, le médecin consulté ne répond que de la conformité scientifique et réglementaire de sa recommandation. La sage-femme répond, seule, de sa responsabilité professionnelle. Peut-elle faire fi de la recommandation médicale? Il faudrait d'abord que la patiente soit dûment informée et fasse un choix éclairé et libre quant au suivi en solo de la sage-femme. En cas de désaccord entre la sage-femme et le médecin, la voie la plus sûre serait certainement de demander une consultation auprès d'autre médecin.

---

163. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 17, 48(4) (54). *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 5-10, *Règlement sur l'accouchement à domicile*, *supra* note 28, art. 8; généralement sur les obligations en cas de transfert, *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q. 2619 (C.A.).

164. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 14.

165. *Règlement sur les consultations*, *supra* note 43, art. 1.

166. *Ibid.*, art. 4.

Si la sage-femme écarte sans raison la recommandation médicale et que se réalise un risque que la recommandation avait justement pour but d'éviter, elle pourra en répondre<sup>167</sup>. La parturiente n'est pas une cliente captive et seul son bien doit guider la sage-femme<sup>168</sup>.

## ii. Il y a suivi conjoint sage-femme/médecin

Dans cette hypothèse, chaque professionnel répond de sa faute. La faute de la sage-femme n'entraîne pas la responsabilité du médecin à moins que l'on puisse dire qu'il y a eu faute contributive du médecin.

L'hypothèse d'un *novus actus interveniens* demeure possible dans le cas où la faute de la sage-femme est suivie d'une faute médicale qui, si elle n'avait pas été commise, aurait permis d'éviter la survenance du dommage<sup>169</sup>. Seul le médecin serait alors responsable. Mais il faut conclure à une véritable rupture du lien causal et ne pas confondre cette hypothèse avec celle des fautes successives mais contributives qui entraîne une condamnation solidaire<sup>170</sup>.

## iii. Il y a transfert de la responsabilité clinique

Le *Règlement sur les consultations* prévoit le transfert dans certains cas identifiés. Il y aura également transfert lorsque le bien de la parturiente l'exige<sup>171</sup> ou s'il y a urgence, soit lorsque le cas dépasse les compétences de la sage-femme et que la vie ou la santé de la mère et de son enfant sont en péril. Par ailleurs, la sage-femme est autorisée à poser certains actes en cas d'urgence :

Constitue également l'exercice de la profession de sage-femme, en cas d'urgence et dans l'attente d'une intervention médicale requise ou en l'absence de celle-ci, le fait d'appliquer la ventouse, de pratiquer l'accouchement en présentation du siège, de pratiquer l'extraction

---

167. *McCormick c. Marcotte*, [1972] R.C.S. 18.

168. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 14.

169. *Lieberman c. Tabah*, [1990] R.J.Q. 1230 (C.A.).

170. *Pépin c. Hôpital du Haut Richelieu*, [1983] C.A. 292.

171. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 14.

manuelle du placenta suivie de la révision utérine manuelle ou de procéder à la réanimation de la femme ou du nouveau-né.<sup>172</sup>

Ce qui signifie que la sage-femme doit avoir la compétence et l'entraînement pour poser ces gestes. L'habileté à pratiquer des manoeuvres de réanimation cardio-respiratoire et à utiliser l'équipement de réanimation ne se conserve que par une pratique régulière et une mise à jour continue. Cependant, l'urgence n'est plus une cause d'exonération si la sage-femme a fait défaut de diagnostiquer correctement la condition de la mère et ou de son enfant, rendant le risque prévisible.

Enfin, avant de cesser d'exercer ses fonctions auprès d'une cliente, la sage-femme doit s'assurer que cette cessation ne lui est pas préjudiciable<sup>173</sup> et transmettre diligemment les renseignements qu'elle possède au professionnel qui prend la parturiente en charge<sup>174</sup>.

## Conclusion

La légalisation de la profession de sage-femme a amené deux changements importants par rapport à la situation des projets-pilotes. Tout d'abord, la sage-femme obtient le statut d'entrepreneure indépendante. Le CLSC ne répond pas de la faute de la sage-femme puisqu'il n'est lié que par un contrat de services avec la sage-femme alors que le centre hospitalier n'a aucun contrat avec la sage-femme<sup>175</sup> mais seulement une entente inter-établissements avec le CLSC. En cas d'interventions pluridisciplinaires, une victime aura à démêler tout l'écheveau des soins afin de bien déterminer les responsabilités et leurs auteurs<sup>176</sup> :

- sage-femme responsable et sage-femme coéquipière;

---

172. *Loi sur les sages-femmes*, *supra* note 1, art. 6 al. 2.

173. Code de déontologie, *supra* note 44, art. 17.

174. *Ibid.*, art. 54.

175. *LSSSS*, *supra* note 17, art. 236.

176. *Hôpital de Chicoutimi c. Battikha*, [1997] R.J.Q. 2121 (C.A.). *Goupil*, *supra* note 157.

- CLSC pour ses propres fautes et la faute de ses préposées (responsable des services de sage-femme<sup>177</sup>, infirmières, aides-natales);
- médecin traitant de la parturiente;
- médecin consultant avec suivi conjoint ou non;
- médecin «patron» et résidents du centre hospitalier;
- centre hospitalier pour ses propres fautes et la faute de ses préposés (infirmières, techniciens).

Dans un système de santé publique, est-il juste que la victime ait ce fardeau dans ce qui n'est, au fond, qu'une querelle d'assureurs?

Le deuxième changement important permet à la sage-femme de continuer à suivre, dans certains cas, une grossesse à risque s'il y a eu consultation médicale. Rappelons que la consultation médicale n'est pas obligatoire dans tout suivi de grossesse par une sage-femme, mais seulement dans les cas énumérés au Règlement sur les cas de consultations ou si le bien de la femme l'exige. Devant cette obligation de renseignement renforcée, la sage-femme devra s'assurer du consentement libre et éclairé de la parturiente et documenter son dossier de façon détaillée. Dans l'hypothèse d'un suivi conjoint médecin/sage-femme, la victime devra identifier précisément le professionnel fautif.

La légalisation de la profession de sage-femme est un fait. Il est à espérer que tous les intervenants en périnatalité collaborent efficacement entre eux pour assurer une intégration réussie. Le temps des chicanes inter-professionnelles est terminé. Il faut mettre fin à l'isolement des pratiques. Les professionnels de la périnatalité doivent élaborer des protocoles précis quant au partage des responsabilités en cas de suivi conjoint médecin/sage-femme. Il est important de savoir qui est en charge, qui fait quoi et de partager efficacement l'information. La sécurité de la femme et de son enfant nous impose des obligations de résultat.

---

177. Houde c. Côté, *supra* note 60, responsabilité d'un centre hospitalier pour la faute du chef d'un département clinique.



## ANNEXE

La sage-femme pratique avec une philosophie propre à sa profession.  
Elle travaille toujours selon le regard qu'elle porte sur les femmes et sur la maternité en général.

### Philosophie

**LA PRATIQUE DES SAGES-FEMMES** est basée sur le respect de la grossesse et de l'accouchement comme processus physiologiques normaux, porteurs d'une signification profonde dans la vie des femmes.

**LES SAGES-FEMMES** reconnaissent que l'accouchement et la naissance appartiennent aux femmes et à leur famille. La responsabilité des professionnelles de la santé est d'apporter aux femmes le respect et le soutien dont elles ont besoin pour accoucher avec leur pouvoir, en sécurité et dans la dignité.

**LES SAGES-FEMMES** respectent la diversité des besoins des femmes et la pluralité des significations personnelles et culturelles que les femmes, leur famille et leur communauté attribuent à la grossesse, à la naissance, et à l'expérience de nouveau parent.

**LA PRATIQUE DES SAGES-FEMMES** s'exerce dans le cadre d'une relation personnelle et égalitaire, ouverte aux besoins sociaux, culturels et émotifs autant que physiques des femmes. Cette relation se bâtit dans la continuité des soins et des services durant la grossesse, l'accouchement et la période postnatale.

**LES SAGES-FEMMES** encouragent les femmes à faire des choix quant aux soins et services qu'elles reçoivent et à la manière dont ceux-ci sont prodigués. Elles conçoivent les décisions comme résultant d'un processus où les responsabilités sont partagées entre la femme, sa famille (telle que définie par la femme) et les professionnelles de la santé. Elles reconnaissent que la décision finale appartient à la femme.

**LES SAGES-FEMMES** respectent le droit des femmes de choisir leur professionnelle de la santé et le lieu de l'accouchement, en accord avec les normes de pratique de l'Ordre des sages-femmes du Québec. Les sages-femmes sont prêtes à assister les femmes dans le lieu d'accouchement de leur choix, incluant le domicile dès que l'assurance professionnelle est en ordre.

**LES SAGES-FEMMES** considèrent que la promotion de la santé est primordiale dans le cycle de la maternité. Leur pratique se base sur la prévention et inclut un usage judicieux de la technologie.

**LES SAGES-FEMMES** considèrent que les intérêts de la mère et de son enfant à naître sont liés et compatibles. Elles croient que le meilleur moyen d'assurer le bien-être de la mère et de son bébé est de centrer les soins sur la mère.

**LES SAGES-FEMMES** encouragent le soutien des familles et de la communauté comme moyens privilégiés de faciliter l'adaptation des nouvelles familles.

Source : Ordre des sages-femmes du Québec, voir en ligne : <<http://www.osfq.org/>>.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'INTERPRÉTATION DE LA NOTION D'INVALIDITÉ DANS LES RÉGIMES PUBLICS D'ASSURANCE ET DANS LES RÉGIMES DE SÉCURITÉ SOCIALE

**Auteur(s) :** Frédéric LEVESQUE

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 45-100

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11875>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11875>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# L'INTERPRÉTATION DE LA NOTION D'INVALIDITÉ DANS LES RÉGIMES PUBLICS D'ASSURANCE ET DANS LES RÉGIMES DE SÉCURITÉ SOCIALE\*

par Frédéric LEVESQUE\*\*

*Il existe dans les régimes publics d'assurance et dans les régimes de sécurité sociale différentes définitions de l'invalidité. L'auteur examine cinq de ces régimes : le régime de rentes de la Régie des rentes du Québec, le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'allocation pour contraintes sévères à l'emploi offerte à certains bénéficiaires de l'aide sociale, le supplément pour enfant handicapé et le régime public d'assurance automobile. À première vue, les diverses définitions de l'invalidité contenues dans ces régimes semblent assez disparates. Il ressortira qu'elles ont toutefois de nombreux points communs. Certaines définitions diffèrent cependant peut-être un peu trop. Il serait, de l'avis de l'auteur, opportun de procéder à un certain travail d'uniformisation.*

---

*State systems of insurance and social security have retained disparate definitions of the notion of «disability». The writer examines five of these systems, including the pension plan of the Régie des rentes du Québec, the system of indemnification for industrial accidents and occupation diseases, the allowances awarded to recipients of social welfare suffering serious limitations to their capacity to obtain employment, the supplement awarded for handicapped children and the public automobile insurance scheme. At first glance, the various definitions of disability retained by these regimes seem rather inconsistent. Further study indicates however that they do present many elements in common. Nonetheless there still remain too many differences. In the opinion of the writer, it would be most opportune to adopt a certain uniformity in the regard.*

---

\*, Le présent texte est une synthèse de la première partie d'un rapport de recherche réalisé par l'auteur sous la supervision du professeur Daniel Gardner, dans le cadre d'un programme de recherches commandité par la S.A.A.Q. La législation est à jour au 1<sup>er</sup> avril 2005. La jurisprudence est à jour au 7 mai 2005 (celle ayant été déposée à cette date dans la banque Soquij-Azimet). Vu leur nombre assez imposant, les références à la jurisprudence administrative seront répétées au lieu de procéder par mode de renvois. L'auteur tient à remercier les professeurs Daniel Gardner et Robert Tétrault pour leurs nombreux commentaires et suggestions.

\*\*, Bachelier en droit (LL.B.) - Doctorant à l'Université Laval et à l'Université Montpellier I.

## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>47</b>
<b>1. Le régime de rentes de la Régie des rentes du Québec .....</b>	<b>49</b>
<b>2. Les accidents du travail et les maladies professionnelles .....</b>	<b>63</b>
<b>3. L'allocation pour contraintes sévères à l'emploi de l'aide sociale .....</b>	<b>68</b>
<b>4. Le supplément pour enfant handicapé .....</b>	<b>75</b>
<b>5. Le régime public d'assurance automobile .....</b>	<b>86</b>
<b>Conclusion .....</b>	<b>97</b>
<b>Tableau synthèse .....</b>	<b>100</b>

## Introduction

Notre étude s'intéresse à la notion d'invalidité dans les régimes publics d'assurance et dans les régimes de sécurité sociale. Il existe des commentaires doctrinaux sur ce sujet dans le domaine des assurances privées. Peu d'auteurs se sont toutefois penchés sur cette question dans le secteur public. Nous avons retenu pour les fins de notre étude cinq régimes : le régime de rentes de la Régie des rentes du Québec, le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'allocation pour contraintes sévères à l'emploi offerte à certains bénéficiaires de l'aide sociale, le supplément pour enfant handicapé et le régime public d'assurance automobile. Il s'agit des régimes les plus importants au niveau des prestations octroyées et du nombre de bénéficiaires. Ces régimes contiennent tous une définition de l'invalidité. À première vue, malgré certains points communs, elles semblent assez disparates. Quelles sont ces définitions? Comment la jurisprudence les a-t-elle interprétées? Sont-elles si différentes? Voilà les questions auxquelles nous nous proposons de répondre. Comme mentionné, il existe très peu d'écrits en droit québécois sur cette question. Personne n'a également eu l'idée jusqu'à maintenant de s'intéresser à *l'interaction* entre ces différentes définitions. Nos sources seront donc essentiellement législatives et jurisprudentielles. Ce sont présentement les seuls «écrits» sur le sujet<sup>1</sup>.

Nous présenterons l'un après l'autre les différents régimes que nous avons retenus. Nous procéderons dans l'ordre suivant : le régime de rentes de la Régie des rentes du Québec, le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles, l'allocation pour contraintes sévères à l'emploi offerte à certains bénéficiaires de l'aide sociale, le supplément pour enfant handicapé et enfin le régime public d'assurance automobile. Il s'agit comme nous le verrons d'un choix logique. Les deux premières sections, sur la Régie des rentes et les

---

1. Nos propos et nos prises de positions pourront à l'occasion différer du contenu des directives internes adoptées par les différents organismes chargés de l'application des lois pertinentes à notre thème. Même si l'on reconnaît de plus en plus que ces règles sont source de droit, il demeure qu'elles «n'ont pas le même statut qu'une "vrai" règle de droit» (France Houle, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 5). Elles ne lient pas les tribunaux administratifs et elles sont susceptibles d'être modifiées par simple décision de régie interne. Afin d'assurer une présentation aussi neutre que possible de la matière, nous n'avons pas tenu compte de ces directives.

accidents du travail, nous permettront d'acquérir les connaissances de base relatives à l'invalidité. Ces régimes contiennent une définition classique, simple et pratiquement identique. La Régie des rentes sera examinée en premier car son contentieux est de loin le plus volumineux et le plus complet. De nombreuses illustrations pourront être présentées. De même, le régime des accidents du travail n'a fait que reprendre la définition de la Régie des rentes. C'est cette dernière qui est la plus ancienne. Elle servira donc de référence. Nous pourrions vérifier avec ces deux régimes si une définition pour ainsi dire identique implique nécessairement une interprétation identique. Les deux régimes qui suivent, l'aide sociale et les enfants handicapés, possèdent une définition «modifiée». Nous pourrions mieux les comprendre en les comparant avec celle utilisée en matière de rentes. Enfin, le régime public d'assurance automobile contient des définitions assez identiques à celle utilisée par la Régie des rentes. Il convient toutefois de l'étudier en dernier. Nous verrons que les décideurs ont fait de nombreux renvois aux autres régimes dans l'application des définitions de l'invalidité applicables aux accidentés de la route. Cela nous permettra de revenir sur les autres régimes et d'effectuer une certaine synthèse des notions étudiées. D'une façon générale, chaque régime fera l'objet du même traitement. Nous débutons par un court historique. Nous examinons ensuite la définition de l'invalidité qu'il contient et l'interprétation qui lui fut donnée par la jurisprudence. Des liens entre les différents régimes seront faits dans le développement. Ce plan permettra de répondre à nos questions. Il fera aussi ressortir les ressemblances et les dissemblances qui existent entre ces différents régimes.

Avant de débiter notre étude, il est pertinent de situer quelque peu la notion d'invalidité par rapport à d'autres concepts voisins. Nous verrons ce que chaque régime considère comme étant un état d'invalidité. Communément, dans le sens courant et juridique en droit québécois<sup>2</sup>, on peut affirmer pour le moment qu'une personne invalide doit être atteinte assez gravement. Elle n'est généralement plus en mesure de travailler et d'accomplir les activités normales de la vie courante. Pour être invalide, la personne doit être dans un état irréversible. L'invalidité s'oppose à la notion d'incapacité. L'état d'une telle personne peut aussi être assez grave. L'incapacité est toutefois le plus souvent

---

2. Pour un aperçu du sens scientifique de ces divers termes, tel qu'utilisés par l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), voir Régie des rentes du Québec, *L'invalidité dans le régime de rentes : guide du médecin traitant*, 2<sup>e</sup> éd., Québec, La Régie, 2001 aux pp. 4-6.

uniquement temporaire ou partielle, par opposition à l'invalidité qui est totale et permanente. L'invalidité se rapproche davantage de la notion de handicap ou de personne handicapée. Cette dernière notion n'implique toutefois pas la présence d'un état aussi grave. Une personne handicapée n'est pas nécessairement invalide. Une personne invalide est cependant à coup sûr handicapée. Le législateur québécois définit la notion de «personne handicapée» comme suit :

toute personne ayant une déficience entraînant une incapacité significative et persistante et qui est sujette à rencontrer des obstacles dans l'accomplissement d'activités courantes.<sup>3</sup>

Voyons maintenant comment il a défini la notion de personne invalide.

## **1. Le régime de rentes de la Régie des rentes du Québec**

La Régie des rentes du Québec a vu le jour en 1966. Le but principal de ce régime était de permettre aux travailleurs québécois d'obtenir une rente de retraite décente. Après plusieurs années d'étude, le gouvernement fédéral avait décidé de créer un programme pan-canadien de pensions de retraite. Le Québec a toutefois choisi d'exercer son droit de retrait (*opting out*) et d'établir son propre régime de rente. Il s'est fortement inspiré de son homologue fédéral. Il existe aujourd'hui certaines dissemblances au niveau du fonctionnement des deux régimes. Les mêmes grands principes relatifs au financement et à la détermination des bénéficiaires s'appliquent toutefois encore aujourd'hui. La Régie des rentes ne verse pas uniquement des rentes de retraite. Il est possible pour un travailleur invalide de recevoir une rente d'invalidité en attendant d'atteindre l'âge d'admissibilité à la rente de retraite (65 ans). C'est cet aspect du régime qui nous intéresse<sup>4</sup>.

La définition de l'invalidité est prévue à l'article 95 de la *Loi sur le régime de rentes du Québec*<sup>5</sup>. Elle se lit comme suit :

- 
3. *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées en vue de leur intégration scolaire, professionnelle et sociale*, L.R.Q., c. E-20.1, art. 1(g).
  4. Pour ce paragraphe, voir François Blais, Daniel Gardner et André Lareau, *Un système de compensation plus équitable pour les personnes handicapées*, Drummondville (Qc), Office des personnes handicapées du Québec, 2004 aux pp. 63-64.
  5. L.R.Q., c. R-9 [L.R.R.Q.].



Une personne n'est considérée comme invalide que si la Régie la déclare atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée.

Une invalidité n'est grave que si elle rend la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

En outre, dans le cas d'une personne âgée de 60 ans ou plus, une invalidité est grave si elle rend cette personne régulièrement incapable d'exercer l'occupation habituelle rémunérée qu'elle détient au moment où elle cesse de travailler en raison de son invalidité.

Une invalidité n'est prolongée que si elle doit vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment.

La Régie publie périodiquement ses directives en matière d'évaluation médicale de l'invalidité.

Cet article est complété par certaines dispositions du *Règlement sur les prestations*<sup>6</sup>. On y détermine notamment les sommes que doit rapporter un emploi pour être considéré comme une «occupation véritablement rémunératrice» ou «l'occupation habituelle rémunérée»<sup>7</sup>.

Lors de son adoption en 1965, cette disposition se retrouvait à l'article 109 de la *L.R.R.Q.*<sup>8</sup>. Il était pour ainsi dire identique, sauf qu'il ne contenait aucune règle spécifique pour les plus de 60 ans. L'article 109 de la *L.R.R.Q.* fut renuméroté lors de la refonte des lois québécoises survenue en 1977<sup>9</sup>. Depuis ce jour, il s'agit de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* C'est en 1983 que l'assouplissement pour les personnes âgées de plus de 60 ans fut ajouté à la définition<sup>10</sup>. Elle est pratiquement la même aujourd'hui. L'expression «occupation habituelle

---

6. (1994) 126 G.O. II, 3213 [R.R.Q., c. R-9, r. 5.1], art. 17-18.

7. Avant cette date, c'était déterminé par la jurisprudence : voir *Régimes de rentes - 15*, [1987] C.A.S. 559 aux pp. 561-562.

8. *Régime des rentes du Québec*, S.Q. 1965, c. 24.

9. L.R.Q., 1977, c. R-9.

10. *Loi favorisant la retraite anticipée et améliorant la rente des conjoints survivants*, L.Q. 1983, c. 12, art. 5.

rémunérée» n'est toutefois apparue qu'en 1993<sup>11</sup>. Avant cette date, on utilisait la locution «véritablement rémunératrice». Il s'agit encore une fois d'un adoucissement du critère. L'occupation habituelle rémunérée n'a plus besoin d'être véritablement rémunératrice. Enfin, le dernier alinéa sur les directives en matière d'évaluation médicale de l'invalidité fut inséré à la loi en 2002<sup>12</sup>. Certaines ont été à ce jour publiées<sup>13</sup>. Elles énoncent de grands principes à suivre dans l'évaluation de l'invalidité. Elles ont entre autre repris certains enseignements de la jurisprudence.

On remarque qu'un critère de *gravité* et un critère de *permanence* de l'atteinte à la santé déterminent le droit à une rente d'invalidité. Pour les travailleurs de plus de 60 ans, sera considérée grave une invalidité qui empêche d'exercer *l'emploi habituel*. Ce critère ne cause pas vraiment de difficulté d'interprétation. Il s'agit essentiellement d'une question de fait. La personne travaille-t-elle encore oui ou non? La situation est différente pour les moins de 60 ans. De leur côté, sera jugée grave une invalidité qui empêche d'exercer une *occupation véritablement rémunératrice*. C'est cette deuxième catégorie que l'on retrouve le plus souvent. La distinction que fait l'article 95 est importante. Elle est bien illustrée dans une décision où un individu avait perdu l'usage de la voix :

Il ne suffit pas, pour les fins du *Régime de rentes du Québec*, d'être incapable d'occuper son ancien emploi. Il faut être incapable de détenir toute autre occupation adaptée à ses capacités résiduelles et à sa formation ou scolarité générale. En cela, le *Régime de rentes du Québec* diffère des régimes privés qui accordent une pension d'invalidité quand une personne devient incapable de continuer l'emploi qu'elle occupait avant son invalidité.

---

11. *Loi modifiant la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1993, c. 15, art. 18(3) [*Loi modifiant la L.R.R.Q.*].

12. *Loi modifiant la Loi sur le régime de rentes du Québec et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2002, c. 52, art. 4. Il remplace un alinéa apparu en 1993 : *Loi modifiant la L.R.R.Q.*, *supra* note 11, art. 18(4). Ce dernier permettait à la Régie d'adopter un règlement sur l'invalidité. Cette dernière n'a toutefois jamais procédé. Signalons que nous avons volontairement omis certaines modifications mineures ou de forme apportées à l'article 95 de la *L.R.R.Q.*

13. Régie des rentes du Québec, *Directives d'admissibilité médicale pour la rente d'invalidité*, Québec, La Régie, 2002.

L'invalidité dont doit être affectée une personne aux fins du *Régime de rentes du Québec* est donc sévère et plus exigeante.

Ainsi, dans le présent cas, il ne fait pas de doute que la maladie dont est affecté l'appelant compromet grandement sa capacité de continuer son travail d'agent d'assurance, travail pour lequel il doit utiliser fréquemment la parole.

Par contre, il n'est pas établi que l'appelant ne puisse occuper d'autres fonctions cléricales dans lesquelles il n'aura pas à faire usage de la parole ou pourra limiter ses communications verbales au strict minimum

Certes, il ne pourra trouver facilement une occupation aussi rémunératrice que celle qu'il a dû abandonner. Mais le *Régime de rentes du Québec* n'est pas une mesure de remplacement de revenu ni d'assurance-chômage. Il vise à compenser l'invalidité de personnes qui ne peuvent occuper, à cause de leur invalidité, un travail rémunérateur, fut-il différent de celui détenu avant l'invalidité.<sup>14</sup>

Si la personne avait eu plus de 60 ans, elle aurait pu obtenir une rente d'invalidité<sup>15</sup>. Le critère retenu pour ces gens fait en sorte que la rente est plus facile à obtenir. Pour les personnes de moins de 60 ans, il s'agit d'une toute autre situation. D'ailleurs, certaines personnes sont refusées avant 60 ans et sont par la suite acceptées après cet âge<sup>16</sup>. La preuve est alors grandement allégée.

Comment le critère de la gravité de l'invalidité des moins de 60 ans<sup>17</sup> fut-il appliqué en jurisprudence québécoise? Il existe deux écoles de pensée sur le sujet. Il est pertinent de les exposer avant d'examiner le travail des décideurs. La première école peut être dénommée «l'approche traditionnelle». Selon cette

---

14. *Régime de rentes* - 25, [1980] C.A.S. 323 à la p. 324.

15. À cette époque toutefois, l'assouplissement pour les plus de 60 ans n'existait pas.

16. Voir *Régimes de rentes* - 15, [1987] C.A.S. 559 à la p. 561. En l'espèce, elle fut tout de même refusée car elle n'exerçait pas avant cette date une occupation véritablement rémunératrice. À compter de 1993 et de l'amendement mentionnant seulement l'occupation habituelle rémunérée, elle aurait probablement été acceptée.

17. Nous ne le mentionnerons pas à chaque occasion, mais à moins d'indication contraire, nous ne parlerons maintenant que de cette catégorie d'individus. Nous reviendrons sur la situation des personnes de plus de 60 ans dans la conclusion de cette étude.

dernière, le décideur doit s'en tenir principalement et même dans certains cas exclusivement aux dossiers médicaux des individus pour juger de la gravité de l'atteinte. La deuxième école s'appelle «the real world approach» ou «l'approche réaliste». Elle fut appliquée dans l'affaire *Villani*<sup>18</sup>, une décision de la Cour d'appel fédérale. Cette dernière devait alors interpréter une disposition identique à l'article 95 de la *L.R.R.Q.* contenue dans le *Régime de pensions du Canada*<sup>19</sup>. Pour déterminer si une personne est incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice, donc être porteuse d'une invalidité grave, on doit selon cette approche tenir compte des faiblesses qui sont propres à l'individu et qui l'empêchent d'occuper un emploi. On ne doit pas se référer uniquement au dossier médical.

Les deux approches sont très bien décrites dans la décision de la Cour d'appel fédérale. Voici tout d'abord un résumé des faits. En mars 1994, Monsieur Villani a demandé une pension d'invalidité, indiquant que sa principale invalidité se rapportait à des douleurs dans le genou droit, les épaules et le dos. Le ministre a refusé sa demande et a maintenu sa position après un nouvel examen. L'appel devant le tribunal d'appel a été rejeté parce que M. Villani n'avait pas présenté de preuve objective suffisante des handicaps physiologiques ou médicaux qui seraient susceptibles de l'empêcher de faire toute activité physique et tout travail. La Commission d'appel des pensions a également rejeté l'appel. Elle a interprété l'exigence relative à la gravité d'une manière stricte et a conclu que M. Villani n'était pas incapable de détenir *n'importe quelle* occupation véritablement rémunératrice. On avait devant ces instances adopté l'approche traditionnelle. En voici un résumé :

La question qu'il convient de se poser pour déterminer si une personne est atteinte d'une invalidité grave est de savoir si cette personne a la capacité physique de détenir une quelconque sorte d'occupation véritablement rémunératrice, peu importe son expérience de travail. La loi précise que cette occupation doit être «véritablement rémunératrice», et le paragraphe 42(2) énonce les facteurs qui doivent en guider l'évaluation.

---

18. *Villani c. Canada (Procureur général)*, [2002] 1 C.F. 130 (C.A.F.) [*Villani*].

19. L.R.C. (1985), c. C-8, art. 42 (2).

Il n'existe pas d'ambiguïté quant aux facteurs qui sont pertinents à l'évaluation de l'invalidité. Les décisions rendues par la CAP sont sans équivoque lorsqu'elles déclarent que l'incapacité du demandeur à exécuter son ancien travail, la disponibilité pour le travail, la formation et les compétences du demandeur, de même que les autres obstacles personnels n'entrent pas en ligne de compte dans l'évaluation de la gravité de l'invalidité.

[...] la loi ne prescrit pas la prise en compte de l'âge ou de la formation aux termes du paragraphe 42(2). La seule question consiste à savoir si la personne est capable d'obtenir un quelconque type d'occupation véritablement rémunératrice, pas nécessairement une activité liée à son ancien emploi.<sup>20</sup>

La Cour d'appel fédérale n'a pas adopté cette position. Elle a plutôt retenu l'approche réaliste. Après une analyse détaillée du libellé de l'article de loi en cause, elle a affirmé :

Cette analyse du sous-alinéa 42(2)a(i) donne fortement à penser que le législateur avait l'intention d'appliquer l'exigence concernant la gravité de l'invalidité dans un contexte «réaliste». Exiger d'un requérant qu'il soit incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice n'est pas du tout la même chose que d'exiger qu'il soit incapable de détenir n'importe quelle occupation concevable. Chacun des mots utilisés au sous-alinéa doit avoir un sens, et cette disposition lue de cette façon indique, à mon avis, que le législateur a jugé qu'une invalidité est grave si elle rend le requérant incapable de détenir pendant une période durable une occupation réellement rémunératrice. À mon avis, il s'ensuit que les occupations hypothétiques qu'un décideur doit prendre en compte ne peuvent être dissociées de la situation particulière du requérant, par exemple son âge, son niveau d'instruction, ses aptitudes linguistiques, ses antécédents de travail et son expérience de la vie.

Je suis d'accord avec la conclusion énoncée dans la décision *Barlow*, précitée [*Barlow c. Ministre du Développement des ressources humaines* (1999), C.E.B. & P.G.R. 8846 (C.A.P.)], et les motifs donnés à l'appui de cette conclusion. L'analyse effectuée par la

---

20. Villani, *supra* note 18 au para. 13 (références omises).

Commission dans cette affaire était brève et cohérente. Elle démontre que, d'après le sens ordinaire des mots utilisés au sous-alinéa 42(2)a(i), le législateur doit avoir eu l'intention de faire en sorte que le critère juridique pour déterminer la gravité d'une invalidité soit appliqué en conservant un certain rapport avec le «monde réel». Il est difficile de comprendre quel objectif la loi pourrait poursuivre si elle prévoyait que les prestations d'invalidité ne peuvent être payées qu'aux requérants qui sont incapables de détenir quelque forme que ce soit d'occupation, sans tenir compte du caractère irrégulier, non rémunérateur ou sans valeur de cette occupation. Une telle analyse ferait échec aux objectifs manifestes du Régime et mènerait à une analyse non compatible avec le langage clair de la loi.<sup>21</sup>

La Cour a enchaîné en mentionnant qu'il faut «un air de réalisme pour évaluer si un requérant est incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice»<sup>22</sup>. Le simple fait qu'une personne soit en mesure d'effectuer certaines tâches ménagères ou de rester assis pendant de courtes périodes ne signifie pas qu'il soit en mesure *dans la réalité* d'occuper un emploi véritablement rémunérateur. La Cour affirme toutefois en conclusion que cette nouvelle approche «ne signifie pas que quiconque éprouve des problèmes de santé et des difficultés à se trouver et à conserver un emploi a droit à une pension d'invalidité»<sup>23</sup>. Elle réitère que les requérants doivent toujours démontrer qu'ils souffrent d'une invalidité grave et prolongée. Une preuve médicale de même qu'une preuve des efforts déployés pour se trouver un emploi sera toujours nécessaire.

Qu'en est-il au Québec? Quelle approche est appliquée par les décideurs dans l'interprétation du critère de gravité contenu à l'article 95 de la *L.R.R.Q.*? La Cour d'appel du Québec s'est prononcée en 2002 sur cette question. Le tribunal québécois a tout d'abord rappelé que la jurisprudence «largement majoritaire»<sup>24</sup> du Tribunal administratif du Québec (T.A.Q.) et de son prédécesseur la Commission des affaires sociales (C.A.S.) considère que les facteurs socioéconomiques ne doivent pas être pris en compte dans l'évaluation de l'invalidité sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Il rappelle que l'invalidité d'une

---

21. *Ibid.* aux para. 38-39 (soulignés dans l'original).

22. *Ibid.* au para. 46.

23. *Ibid.* au para. 50.

24. *Régie des rentes du Québec c. Nascimento*, [2002] R.J.Q. 322 au para. 18 (C.A.).

personne doit être «particulièrement sévère»<sup>25</sup> pour être reconnue. Il mentionne que contrairement à d'autres lois sociales québécoises, la *L.R.R.Q.* ne prévoit pas expressément la prise en compte de facteurs socioéconomiques. Bref, c'est l'approche traditionnelle qui semble prévaloir en jurisprudence québécoise. La Cour réfère toutefois à l'approche adoptée dans l'affaire *Villani*. Elle mentionne qu'on pourrait peut-être l'appliquer dans l'évaluation de l'invalidité sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.* :

Dans la mesure où des facteurs socio-économiques peuvent être pris en considération, il faut cependant replacer l'article 95 dans le contexte législatif québécois où d'autres lois sociales précisent expressément la prise en compte de facteurs socio-économiques. En vertu de la *Loi sur la Régie des rentes* [sic], l'évaluation de l'invalidité repose principalement sur l'analyse de la nature et de l'ampleur des limitations fonctionnelles révélées par le dossier médical. Cette analyse ne doit toutefois pas conduire à une conclusion purement théorique qui ne repose aucunement sur la possibilité réelle d'occuper régulièrement un emploi rémunérateur compte tenu de l'historique de travail, de la formation et des aptitudes de la personne qui réclame une rente d'invalidité.<sup>26</sup>

En l'espèce, la Cour d'appel a décidé que la décision du T.A.Q. de ne pas prendre en considération les facteurs socioéconomiques de l'individu ne constituait pas une erreur manifestement déraisonnable. Elle conclut d'ailleurs en mentionnant que «[l']âge et les difficultés de trouver un emploi respectant les restrictions fonctionnelles ne peuvent être considérés indépendamment du dossier médical qui demeure primordial»<sup>27</sup>.

Les énoncés contenus dans la décision de la Cour d'appel du Québec sur la gravité de l'atteinte se retrouvent-ils dans la jurisprudence administrative? La Cour a mentionné que la jurisprudence «largement majoritaire» du T.A.Q. et de son prédécesseur la C.A.S. ne tenait pas compte des facteurs socioéconomiques dans l'analyse de la gravité de l'atteinte. Qu'en est-il? Quels sont les types

---

25. *Ibid.* au para. 24.

26. *Ibid.* au para. 31.

27. *Ibid.* au para. 33.

d'invalidité qui furent reconnus comme étant graves par les tribunaux administratifs avant la décision de la Cour d'appel?

Un survol de la jurisprudence confirme les énoncés de la Cour d'appel. D'une façon générale, on n'a pas tenu compte des aspects socioéconomiques lorsqu'on a refusé une rente d'invalidité avant 2002. L'extrait suivant est assez révélateur :

L'appelant représente que sa condition actuelle, *évalué de façon réaliste* par le docteur E..., jointe à des facteurs tels son âge (62 ans), son ignorance de la langue française ou anglaise, sa faible scolarité (4<sup>e</sup> année), fait qu'il n'est plus en mesure de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

L'intimée argumente au contraire que la preuve médicale prépondérante est à l'effet que celui-ci n'est pas invalide, s'en remettant principalement aux rapports d'expertises des docteurs C... et D..., spécialistes en orthopédie et en neurologie.<sup>28</sup>

C'est l'intimée qui a triomphé. Le décideur a complètement rejeté l'argumentation de l'appelant. Une affaire apporte toutefois une petite nuance. Elle fait état du fait que dans certaines décisions, on a tenu compte «subsidiairement d'autres facteurs non médicaux, tels l'âge, la scolarité, l'expérience au travail, etc.». On mentionne que ce fut en raison de la présence d'une preuve médicale «contradictoire ou discordante». En l'espèce, la preuve était «non équivoque»<sup>29</sup>. On n'a donc pas examiné ces autres facteurs. Une autre affaire démontre enfin une inhabituelle ouverture d'esprit. Dans cette décision, on *tient compte* des facteurs socioéconomiques. Le décideur souligne toutefois explicitement qu'il va à l'encontre de l'opinion majoritaire<sup>30</sup>

---

28. *Régime de rentes* - 30, [1980] C.A.S. 342 à la p. 344 (nos italiques). Voir aussi *Régime de rentes* - 25, [1980] C.A.S. 323 à la p. 324 (travailleur ayant pratiquement perdu l'usage de la voix); *Régime de rentes* - 24, [1981] C.A.S. 381 à la p. 382 (homme invalide d'une façon intermittente); *Régime de rentes* - 66, [1980] C.A.S. 857 à la p. 858 (homme pratiquement aveugle); *Régime de rentes* - 67, [1980] C.A.S. 859 à la p. 861 (homme ayant seulement six ans de scolarité); *Régime de rentes* - 24, [1987] C.A.S. 861 à la p. 866 (cinq ans de scolarité - méconnaissance de l'anglais et du français).

29. *Régime de rentes* - 8, [1987] C.A.S. 271 à la p. 273 (les trois extraits sont à la même page).

30. *Régime de rentes* - 3, [1990] C.A.S. 258 à la p. 267. Voir aussi *R.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2001] T.A.Q. 231 au para. 28.



On n'a également pas vraiment considéré les facteurs socioéconomiques dans la majorité des affaires où on a accordé une rente (toujours avant 2002). On s'est basé principalement sur les dossiers médicaux des individus. Ces derniers étaient le plus souvent sérieusement éclopés. Comme l'affirme toutefois un décideur :

Il est bien certain qu'on ne peut être reconnu invalide sans qu'on soit gravement malade. Or, le requérant l'est certainement. Il n'est sans doute pas grabataire ou cloué au lit, mais la notion d'invalidité n'exige pas un tel état.<sup>31</sup>

On tient également compte du fait que les gens ne travaillaient pas ou ne travaillaient plus au moment de la demande. Leur témoignage concernant leur état de santé est aussi considéré, le plus souvent lorsque la preuve médicale est incertaine. À titre d'illustration, dans une autre affaire, un homme avait de graves problèmes aux jambes. Il ne pouvait marcher qu'avec une canne, il devait s'appliquer des traitements de chaleur quatre à cinq fois par jour pendant vingt minutes, les douleurs l'empêchaient de dormir la nuit, il se fatiguait lorsqu'il demeurait en position assise et ne pouvait marcher que sur des courtes distances. Il avait cessé de travailler depuis trois ans. Son témoignage était aussi selon le décideur très crédible. Il fut déclaré invalide<sup>32</sup>. Le passage suivant d'une décision de la C.A.S. représente bien ce courant. En l'espèce, l'individu a été reconnu invalide. On n'a toutefois pas mentionné dans les motifs de la décision qu'il n'avait que quatre années de scolarité comme facteur aggravant. On a plutôt mentionné :

---

31. *Affaires sociales* - 442, [2000] T.A.Q. 284 (rés.) au para. 30.

32. *Régime de rentes* - 26, [1980] C.A.S. 326 aux pp. 327-328. Pour d'autres exemples : *Régime de rentes* - 27, [1980] C.A.S. 329 aux pp. 333-335 (à plusieurs reprises, le décideur mentionne que la «preuve doit revêtir avant tout un aspect médical» - homme victime d'une collision en motoneige avec un train. Il a subi deux fractures du crâne et une de l'omoplate. Il a conservé des séquelles très importantes); *Régime de rentes* - 60, [1980] C.A.S. 839 à la p. 840 (homme souffrant de deux phlébites profondes, de phlébites superficielles à répétition, de varices, d'ulcères variqueux et d'une condition d'arthrite rhumatoïde épisodique); *Régime de rentes* - 23, [1981] C.A.S. 379 à la p. 380 (homme alcoolique «usé surtout psychologiquement mais aussi physiquement»); *Régime de rentes* - 29, [1981] C.A.S. 397 à la p. 399 (homme souffrant d'une ancienne entorse cervicale, d'une ancienne plaie au cuir chevelu et étant dans un état dépressif avec syndrome de conversion); *Affaires sociales* - 469, [2000] T.A.Q. 297 (rés.) aux para. 24-29 («nombreux problèmes physiques» et «une certaine composante psychologique»).

C'est à l'appelant qu'il incombe de faire la preuve de son invalidité; cette preuve se fait notamment par la production de renseignements sur *l'historique du travail et de la maladie* de l'appelant et sur une *documentation médicale* appropriée.<sup>33</sup>

Bref, les affirmations de la Cour d'appel sur la jurisprudence antérieure à 2002 étaient fondées<sup>34</sup>. Est-ce que la décision de la Cour d'appel a modifié ces pratiques? Les décideurs sont-ils plus souples, comme la Cour d'appel les invitait à le faire, bien que timidement? Examinons la jurisprudence rendue depuis 2002.

La jurisprudence n'a pas tellement été influencée par la décision de la Cour d'appel. C'est toujours la preuve médicale qui demeure la plus importante aux yeux des décideurs, peu importe que l'on accepte<sup>35</sup> ou rejette<sup>36</sup> la demande. On a d'ailleurs révisé pour cause une décision du T.A.Q. qui avait déclaré une personne invalide en raison de la présence «d'une anomalie comportementale ou d'un syndrome psychiatrique, alors que cette anomalie n'a pas été médicalement diagnostiquée»<sup>37</sup>. Toujours dans le même vent de continuité, on accorde encore une importance au témoignage de l'individu pour établir son invalidité. On lit régulièrement un extrait semblable au début d'une décision :

Or, la jurisprudence nous enseigne que cette preuve doit d'abord et avant tout revêtir un caractère médical, le témoignage du requérant étant à prendre en considération pour évaluer la globalité de son état.<sup>38</sup>

---

33. *Régime de rentes - 17*, [1982] C.A.S. 359 à la p. 361 (nos italiques).

34. Pour un résumé, voir *Ouellet c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 2002-80 (C.S.) au para. 61.

35. *H.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 870 au para. 17 (problème de névralgie du trijumeau à l'hémiface gauche); *D.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 349 (rés.) aux para. 35-42 (lombosciatalgie avec radiculopathie L5-S1 gauche).

36. *P.D. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 308 (rés.) aux para. 17-27; *M.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 282 (rés.) aux para. 37-47.

37. *E.K. c. Régie des rentes du Québec*, [2002] T.A.Q. 941 (rés.) au para. 13. On a aussi reproché au décideur de «prêter à ce syndrome une pérennité à l'encontre du caractère évolutif possible ou probable démontré par la preuve».

38. *J.-C.T. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 1014 (rés.) au para. 22, 27. Voir aussi *L.G. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 293 (rés.) au para. 27; *M.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 329 (rés.) aux para. 23, 33; *R.L. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 971 (rés.) au para. 18.

Dans une affaire, une apparence de «non-crédibilité» donnée lors de deux sessions de tests neuropsychologiques a été renversée lors de l'audience<sup>39</sup>. On examine également toujours l'historique de travail de la personne (depuis quand a-t-elle cessé de travailler?)<sup>40</sup>. La décision de la Cour d'appel n'a donc pas tellement influencé la jurisprudence. Depuis près de vingt-cinq ans, on tient principalement compte du dossier médical. On donne aussi un certain poids au témoignage de l'individu et à son historique de travail. On ne considère pas vraiment les facteurs socioéconomiques et les caractéristiques personnelles des personnes impliquées.

Il existe toutefois une décision isolée qui a cité l'arrêt de la Cour d'appel et qui a appliqué l'approche réaliste<sup>41</sup>. Elle fut rendue en 2004 par le T.A.Q. En l'espèce, un individu souffrait d'arthrite psoriatique et d'une rupture chronique de la coiffe des rotateurs de l'épaule gauche. Il avait également des prothèses totales aux deux hanches. La Régie des rentes avait décidé qu'il pouvait occuper un emploi de bureau de type sédentaire. Elle avait refusé sa demande. Le T.A.Q. a toutefois jugé que compte tenu de la faible scolarité du requérant, du fait qu'il avait été bûcheron toute sa vie et de son âge, il était «irréaliste» de penser qu'il pouvait se trouver un tel emploi. Il a donc été déclaré invalide. À la vue de cette décision, on peut penser que la jurisprudence rendue sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.* ne peut aller qu'en s'assouplissant. Aussi, même si la décision de la Cour d'appel n'a été citée qu'une fois et que l'approche traditionnelle est toujours appliquée, il y a peut-être une possibilité d'ouverture pour l'approche réaliste. Depuis 2002, aucune décision *n'a refusé* de tenir compte des facteurs socioéconomiques. D'autres décideurs semblent aussi être disposés à les considérer. La preuve médicale demeure toutefois toujours primordiale. On lit d'ailleurs régulièrement au début de certaines décisions :

La détermination de l'invalidité est faite en application de l'article 95 de cette loi. Elle se fait sur la base d'une évaluation médicale et *des conséquences de l'état de santé de la personne requérante sur sa*

---

39. *L.G. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 293 (rés.) aux para. 36-37.

40. Dans une affaire, la principale raison de refus d'une rente d'invalidité fut l'obtention par la personne d'une bourse pour la rédaction d'un roman. Elle a ainsi fait la preuve qu'elle était apte à travailler : *R.G. c. Régie des rentes du Québec*, T.A.Q.E. 2005AD-19 aux para. 7-8.

41. *N.L. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 961 aux para. 29-32. Voir aussi *B.S. c. Régie des rentes du Québec*, T.A.Q.E. 2005 AD-219 aux para. 39-42.

*capacité d'occuper régulièrement un emploi véritablement  
rémunérateur.*<sup>42</sup>

Dans une affaire rendue en 2003, on s'est appuyé principalement sur les facteurs socioéconomiques. On a adopté sans la nommer l'approche réaliste. En l'espèce, un travailleur ne pouvait absolument pas supporter diverses formes de bruit (ventilateur, ordinateur, téléphone). Il aurait pu «théoriquement» travailler dans un environnement silencieux. Le décideur souligne toutefois qu'il est impossible «dans la réalité» pour le travailleur de dénicher un tel emploi. Il a donc été déclaré porteur d'une invalidité grave<sup>43</sup>. On se souvient qu'avant 2002, une personne ayant pratiquement perdu l'usage de la voix s'était fait dire que même si cela était extrêmement difficile, il y avait une possibilité «théorique» pour elle de travailler sans se servir de sa voix. On lui avait alors refusé une rente d'invalidité<sup>44</sup>. On peut penser que la décision de la personne sensible au bruit ainsi que celle du bûcheron sont le prélude d'une nouvelle tendance jurisprudentielle. Cette tendance est plus logique et mieux adaptée à la réalité des personnes invalides. Elle devrait être suivie.

L'article 95 de la *L.R.R.Q.* n'exige toutefois pas seulement que l'invalidité soit grave. Il faut aussi qu'elle soit «prolongée». Ce critère s'applique à toutes les personnes. Celles de 60 ans et plus sont également visées par ce critère. Encore une fois, il s'agit principalement d'une question médicale. Cela signifie essentiellement qu'il ne doit pas y avoir d'amélioration possible. L'article 95 de la *L.R.R.Q.* mentionne qu'«une invalidité n'est prolongée que si elle doit vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment». On a été d'une façon générale souple sur ce point.

---

42. *J.D. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 207 au para. 13 (nos italiques). Voir aussi *M.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 329 (rés.) aux para. 28, 33; *C.F. c. Régie des rentes du Québec*, [2002] T.A.Q. 960 (rés.) au para. 34 («Bien qu'un trouble de la personnalité n'entraîne pas en soi une invalidité grave et permanente au sens de l'article 95 cité précédemment, le Tribunal est d'avis que, dans le présent cas, les manifestations symptomatiques qui en découlent empêchent le requérant de détenir régulièrement un emploi véritablement rémunérateur»).

43. *R.L. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 979 (rés.) aux para. 49, 54, 57.

44. *Régime de rentes* - 25, [1980] C.A.S. 323 à la p. 324.

L'extrait suivant, sur les traitements possibles, est assez représentatif de l'approche adoptée. En l'espèce, un individu souffrait d'anxiété phobique et d'agoraphobie :

D'une part donc, même s'il est établi qu'un traitement spécifique pourrait être tenté dans le cas de l'appelant, il est loin d'être probant que ce traitement donnerait des résultats assez tangibles pour lui permettre de reprendre une vie normale et d'aller travailler, le D'A... faisant tout au plus état, avec beaucoup de circonspection, d'une amélioration possible.

D'autre part, il faut bien reconnaître que ce traitement n'est pas disponible pour l'appelant, compte tenu du fait que, en raison des manifestations mêmes de sa maladie, il ne sort pas de chez lui pour quelque motif que ce soit et que, pour suivre ce traitement, il lui faudrait se rendre régulièrement à la ville de L...

Dans les circonstances, il serait abusif de refuser de reconnaître le caractère prolongé de l'invalidité de l'appelant au seul motif de l'existence, dans une autre ville, d'un traitement dont le résultat hypothétique pourrait possiblement lui être bénéfique. La Commission estime donc que l'invalidité de l'appelant doit être considérée comme prolongée, en plus d'être grave.<sup>45</sup>

Dans une décision rendue en 2004, on affirme de même qu'on ne peut «obliger» une personne à se soumettre à un traitement qui ne pourrait, à la rigueur, que «contrôler son état»<sup>46</sup>. Toutefois, il semble que :

[S]elon une certaine jurisprudence du Tribunal (RR-55953, 1993-09-10 et RR-58212, 1998-12-16), autrefois la Commission des affaires sociales, le refus par le requérant de se soumettre aux interventions jugées raisonnables pourrait mener au rejet du présent recours. Que faut-il entendre par raisonnable? Certes, il faut sous-entendre tout au moins que le traitement envisagé comporte des chances de succès

---

45. *Régime de rentes* - 18, [1982] C.A.S. 362 à la p. 365. Voir aussi *Régime de rentes* - 31, [1980] C.A.S. 345 à la p. 347 («la possibilité d'amélioration soulevée par l'expert de l'intimée demeure très incertaine»); *Régime de rentes* - 62, [1980] C.A.S. 843 à la p. 845.

46. *H.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 870 au para. 17.

probables et des effets secondaires acceptables ne mettant pas en jeu  
ni la santé ni la vie du patient.<sup>47</sup>

En l'espèce, on a jugé que l'intervention «comport[ait] des risques importants et que les chances de succès ne demeurent aussi que dans le domaine du possible»<sup>48</sup>. On n'a donc pas tenu rigueur à la personne de son refus. La même approche libérale se retrouve dans une décision rendue en 1999 sur les possibilités d'amélioration de la condition d'un individu. On a alors décidé «qu'une situation d'invalidité temporaire dont on ne voit raisonnablement pas venir la fin finit par constituer un constat d'invalidité permanente à tout emploi rémunérateur»<sup>49</sup>. Enfin, signalons que la «permanence» est un critère à part entière dans l'évaluation de l'invalidité. Même si une personne est très gravement atteinte, elle ne sera pas reconnue invalide par la Régie des rentes si son état n'est que «temporaire»<sup>50</sup>.

Ceci compléterait la section sur l'article 95 de la *L.R.R.Q.* En résumé, pour être reconnue invalide, une personne doit être atteinte d'une invalidité grave et prolongée. Pour un individu de plus de 60 ans, sera considérée grave une invalidité qui l'empêche d'exercer son emploi habituel. Pour les moins de 60 ans, est grave une invalidité qui empêche d'exercer une occupation véritablement rémunératrice. Tout comme pour celui du «prolongée», ce dernier critère est avant tout une question d'ordre médical. Signalons toutefois qu'il ne s'agit pas d'une incapacité à *exercer tout travail* mais bien une *occupation véritablement rémunératrice*. Une personne peut occuper un emploi léger ou à temps partiel et être quand même déclarée invalide. J'aurai l'occasion de revenir sur ces questions dans le traitement des autres régimes.

## **2. Les accidents du travail et les maladies professionnelles**

L'indemnisation des accidents du travail est, partout dans le monde, la plus ancienne illustration de remplacement du régime classique de la responsabilité civile. Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'industrialisation a engendré une escalade

---

47. *P.L. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 160 au para. 63.

48. *Ibid.* au para. 64.

49. *Affaires sociales - 313*, [1999] T.A.Q. 340 au para. 32.

50. *Régime de rentes - I*, [1993] C.A.S. 277 à la p. 278 (personne souffrant de «schizophrénie paranoïde chronique»).

des risques reliés au travail. De nombreux travailleurs étaient alors inaptes à établir la responsabilité de leur patron à la suite d'un accident. Les Allemands furent les premiers européens à établir un régime d'indemnisation sans égard à la responsabilité (en 1884). Les Français et les Anglais ont fait de même quelques années plus tard (en 1898). Au Québec, la première loi a été adoptée en 1909. Elle était uniquement applicable à certaines industries (mines, usines de transformation). Elle fut modifiée de nombreuses fois. Les changements les plus significatifs furent la constitution de la Commission des accidents du travail en 1931 et la refonte en entier du régime en 1985. On a alors adopté la loi actuellement en vigueur, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*<sup>51</sup>. Comme son nom l'indique, elle s'applique maintenant aux accidents du travail et aux maladies professionnelles<sup>52</sup>.

De nombreuses dispositions de la *L.a.t.m.p.* utilisent le critère de l'incapacité à travailler. Ce critère détermine par exemple le droit à une indemnité de remplacement du revenu (art. 44-82). On utilise aussi le critère de l'atteinte permanente grave à son intégrité physique ou psychique. Ce critère enclenche entre autres l'application des articles 153 et 155, relatifs à l'adaptation du domicile et du véhicule automobile, et de l'article 165, relatif au remboursement de frais engagés pour des travaux d'entretien. On retrouve aussi d'autres dérivés ou expressions semblables ailleurs dans la *L.a.t.m.p.*<sup>53</sup>. Ces diverses dispositions ne seront pas analysées dans cette étude. Il s'agit alors le plus souvent simplement «d'incapacité» à caractère partiel et temporaire. On n'est pas en présence d'une invalidité totale et permanente. De plus, ces victimes deviennent incapables ou invalides *en raison d'un accident du travail*. Nous ne voulons pas traiter de ce cas précis. La jurisprudence sur ce sujet est beaucoup trop volumineuse et spécialisée. Nous préférons étudier l'invalidité dans une perspective plus générale. On s'intéressera donc uniquement aux situations où *l'invalidité existait avant l'accident du travail*.

À première vue, l'article 329 al. 1 de la *L.a.t.m.p.* pourrait être pertinent. Ce dernier énonce :

---

51. L.R.Q., c. A-3.001 [*L.a.t.m.p.*]. Nous mentionnerons toujours simplement «le régime des accidents du travail». Nous omettrons la locution «maladies professionnelles».

52. Pour ce paragraphe, voir F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 à la p. 32.

53. Voir par exemple *L.a.t.m.p.*, art. 145, 158, 164, 176. Traitant respectivement de réadaptation en général, d'aide à domicile, de frais de garde et de frais d'adaptation.

Dans le cas d'un travailleur *déjà handicapé lorsque se manifeste sa lésion professionnelle*, la Commission peut, de sa propre initiative ou à la demande d'un employeur, imputer tout ou partie du coût des prestations aux employeurs de toutes les unités. [nos italiques]

Il y a eu de longues années de controverse où deux tendances pouvaient se dégager quant à l'interprétation à donner à cet article. Il y avait une tendance restrictive qui refusait «de “confondre la notion de condition préexistante avec la notion de handicap” et fai[sai]t donc assumer les coûts d'une lésion professionnelle au *seul* employeur du travailleur dont la condition était asymptomatique avant l'accident»<sup>54</sup>. Il y avait également une tendance large qui n'exigeait pas que le handicap se soit manifesté avant l'accident et qui acceptait qu'une déficience asymptomatique rendue symptomatique par le travail soit considérée comme un handicap. Il semble bien maintenant que ce soit la seconde tendance qui ait triomphé<sup>55</sup>. Cet article ne sera pas analysé plus en profondeur dans cette étude. Il s'inscrit davantage dans le champ de la «théorie des prédispositions» que dans celle de l'invalidité<sup>56</sup>. Les travailleurs impliqués ne sont pour la plupart logiquement pas invalides. Ils sont porteurs de conditions personnelles préexistantes ou de légères déficiences.

Une seule disposition vise réellement l'invalidité : l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* Il ne s'applique pas directement aux travailleurs. Il vise les victimes par ricochet. L'article 93 est inclus dans la section sur les indemnités de décès. La *L.a.t.m.p.* prévoit qu'une personne à charge «invalides» recevra une indemnité plus généreuse. Il s'agit ici d'une règle logique. Une personne à charge invalide a des besoins plus importants qu'une personne en santé. L'article 93 contient la définition de l'invalidité qui s'applique à cette section :

---

54. Daniel Gardner, *L'évaluation du préjudice corporel*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 au n° 50 à la p. 56.

55. Pour un historique et une analyse complète de la situation, voir François Côté, «De l'article 329 de la L.A.T.M.P. ou de la fin d'une saga» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (2002), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 à la p. 103.

56. D. Gardner, *supra* note 54 au n° 50 aux pp. 56-57; Robert Tétrault, «L'apport des régimes étatiques d'indemnisation sur la question de la condition personnelle préexistante de la victime» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *L'évaluation du préjudice corporel* (2003), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003, 121 aux pp. 146-147.



Une personne atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée est considérée invalide aux fins de la présente section.

Une invalidité est grave si elle rend la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

Une invalidité est prolongée si elle doit vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment.

L'article 93 de la *L.a.t.m.p.* n'a jamais été modifié depuis son adoption en 1985.

On remarque que l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* est identique à l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Il ne contient toutefois pas l'assouplissement pour les personnes de plus de 60 ans. Pour les autres, en principe, les postulats dégagés par la jurisprudence en matière de rentes devraient être appliqués. Nous avons relevé uniquement deux décisions intéressantes qui traitent de cet article. Dans un *obiter*, un décideur a mentionné que le législateur voulait «alors considérer la personne incapable «totale» de subvenir à ses besoins financiers»<sup>57</sup>. Cette affirmation est peut-être trop tranchée. Une personne invalide en vertu de l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* peut occuper un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur.

Heureusement, cette allégation ne se retrouve pas dans la seule décision rapportée qui applique l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* En l'espèce, on reconnaît qu'une jeune fille est invalide. Cette dernière avait été opérée en 1981 pour un ostéoblastome au corps vertébral L3. En 1985, on a procédé à une arthrodèse de la cheville droite avec fixation interne. Cette greffe s'est toutefois avérée inefficace à long terme. On a donc effectué une nouvelle arthrodèse de la cheville droite en 1987. Finalement, elle fut amputée du pied droit en 1991. Voici comment la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles a tranché cette affaire :

Au moment du décès du travailleur, Mlle Lyne Deveau, de l'avis de la Commission d'appel, était atteinte d'une invalidité grave qui la rendait incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice. Depuis sa seconde opération en 1987, la

---

57. *Monette et Aliments Humpty Dumpty Ltée*, [1990] B.R.P. 429 à la p. 431.

travailleuse a eu une convalescence qui a duré un an et un mois. Par la suite, elle a porté une orthèse qui lui a causé des blessures et des plaies, ce qui l'a même empêchée de poursuivre ses études. Les rapports médicaux au dossier montrent qu'elle a dû se faire traiter pour des plaies à plusieurs reprises. De plus, son médecin, le Dr Rivard, après avoir envisagé une seconde opération, soit un allongement du tibia, a dû se rendre à l'évidence que Mlle Deveau devait plutôt se faire amputer la cheville et une partie de la jambe jusqu'au niveau du genou, puisque la greffe n'a pas eu le succès escompté. Les radiographies montraient que l'astragale à la cheville droite semblait détruite et un pied creux très important et une angulation mesurée à 93°.

Mlle Deveau a déclaré à la Commission d'appel qu'elle savait depuis le mois de septembre 1990 qu'on procéderait à une amputation et c'est le 31 janvier 1991 que celle-ci fut pratiquée. Depuis l'amputation, Mlle Deveau porte une prothèse et éprouve, encore aujourd'hui, de la difficulté à marcher, ayant parfois des plaies. Elle doit éviter de marcher trop longtemps.

La preuve démontre que lors du décès de son père, Mlle Deveau était incapable de détenir régulièrement une occupation véritablement rémunératrice.<sup>58</sup>

Nous sommes en accord avec cette décision. Le décideur applique sans l'exprimer la «real world approach». Il est vrai que théoriquement, la jeune fille pourrait peut-être effectuer un travail de type sédentaire. Il est toutefois évident qu'elle ne pourra jamais en pratique se trouver un travail. Elle est peu scolarisée et elle fut malade toute sa vie. Elle est d'ailleurs encore sérieusement atteinte. Il faut être «réaliste». Il est pathétique que Mademoiselle Deveau ait dû se rendre en troisième instance pour avoir gain de cause. Elle fut déboutée devant la Commission de la santé et de la sécurité au travail (C.S.S.T.) et devant le Bureau de révision paritaire. Même si ce fut dans une seule décision, la jurisprudence qui a interprété l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* ne l'a pas dénaturé. Doit-on toutefois réellement y voir une application de l'approche réaliste? Le dossier médical de la jeune fille était très lourd. Même en appliquant l'approche traditionnelle, elle

---

58. *Deveau et Madelipêche inc.*, [1994] C.A.L.P. 1456 à la p. 1459.

aurait probablement été déclarée invalide. Peu importe, cette décision est fondée et l'ouverture déployée par le décideur devrait être suivie en matière de rentes.

### 3. L'allocation pour contraintes sévères à l'emploi de l'aide sociale

D'une façon générale, le programme de soutien du revenu résulte de la *Loi sur l'aide sociale*<sup>59</sup> adoptée en 1969. Cette loi faisait suite au rapport Boucher (1963) et aux travaux de la Commission Castonguay-Nepveu. Ces derniers avaient proposé la création d'un programme intégré d'aide de dernier recours au Québec. L'aide sociale est maintenant officiellement nommée par l'article 13 de la *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*<sup>60</sup> «aide financière de dernier recours». Si un bénéficiaire est affecté de contraintes temporaires (art. 24) ou sévères (art. 25) à l'emploi, il pourra obtenir des prestations particulières. Ces prestations ne datent pas d'hier. Dès 1969, les personnes incapables d'exercer un emploi pouvaient obtenir des prestations majorées. Ce sont ces prestations qui nous intéressent<sup>61</sup>.

C'est la notion de «contraintes sévères» à l'emploi qui est pertinente pour les fins de notre étude. C'est la seule qui se rapproche réellement de la notion d'invalidité. La notion de «contraintes temporaires» ne sera pas étudiée. On s'éloigne trop de l'invalidité. La notion de contraintes sévères à l'emploi telle qu'on la connaît est apparue dans le paysage législatif québécois le 1<sup>er</sup> août 1989, lors de l'entrée en vigueur de la *Loi sur la sécurité du revenu*<sup>62</sup>. Elle se trouvait à l'article 6 par. 1 de cette loi. La définition se retrouve maintenant depuis le 1<sup>er</sup> octobre 1999 à l'article 25 de la *L.S.R.F.E.S.S.* Elle est pour ainsi dire identique. Un individu sera considéré «invalide» selon l'aide sociale si :

son état physique ou mental est, de façon significative, déficient ou altéré pour une durée vraisemblablement permanente ou indéfinie et

59. L.Q. 1969, c. 63 [L.R.Q., c. A-16].

60. L.R.Q., c. S-32.001 [L.S.R.F.E.S.S.].

61. Pour ce paragraphe, voir F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 aux pp. 70-71. Je signale que le législateur québécois a adopté le 15 juin 2005 la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, L.Q. 2005, c. 15. Cette loi va remplacer la *L.S.R.F.E.S.S.* Elle n'est toutefois par encore en vigueur. La notion de contraintes sévères à l'emploi, que nous allons étudier dans cette section, restera exactement la même. Elle se retrouvera à l'article 70 de la nouvelle loi. Il y aura seulement lieu de faire les adaptations nécessaires.

62. L.Q. 1988, c. 51 [L.R.Q., c. S-3.1.1].

que, pour cette raison et compte tenu de ses caractéristiques socio-professionnelles, il présente des contraintes sévères à l'emploi [l'empêchant de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille].

La portion entre crochets était contenue dans l'ancienne définition. On ne la retrouve maintenant plus. On peut y voir un léger assouplissement qui ne change pas le sens de la disposition. Il est clair qu'une personne qui répond aux critères ne peut subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille. On peut fusionner ces deux dispositions. Comme le T.A.Q. l'a mentionné :

Nous ne retrouvons pas la dernière partie de la formulation du premier paragraphe de l'ancien article 6 à l'article 25 de la loi applicable en l'espèce. Toutefois, la notion de contraintes sévères empêchant une personne de subvenir à ses besoins continue de s'appliquer pour interpréter l'article 25 précité de la loi applicable en l'espèce.<sup>63</sup>

À première vue, la notion de «contraintes sévères à l'emploi » paraît un peu moins restrictive que le concept d'invalidité du régime de rentes. Le T.A.Q. a d'ailleurs mentionné dans une affaire rendue en 2002 :

L'admissibilité à un tel programme témoigne certes de l'existence de «contraintes sévères à l'emploi»; par contre, elle s'appuie sur des critères *significativement plus larges et plus permissifs* que ceux retenus par la Régie des rentes du Québec en matière d'admissibilité d'une personne de moins de soixante ans à une rente d'invalidité.<sup>64</sup>

Il ne s'agit pas d'un cas isolé. Le T.A.Q. l'a répété à plusieurs occasions et il semble y avoir unanimité. Ces commentaires émis dans une décision en 2003 le confirment :

Le Tribunal veut de plus préciser que les critères qui permettent de conclure à des contraintes sévères à l'emploi, telles que recherchées

---

63. *C.S. c. Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, [2001] T.A.Q. 969 au para. 26. Le T.A.Q. cite en l'espèce une autre décision : SR-56381A (SAS-Q-056381-9911).

64. *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2002] T.A.Q. 679 au para. 15 (références omises - nos italiques), conf. par *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] T.A.Q. 40.

par le ministère de la Solidarité sociale, ne doivent pas être confondus avec les critères rigoureux de l'article 95 de la loi [L.R.R.Q.].<sup>65</sup>

Ces propos méritent d'être nuancés. Les définitions sont loin d'être si différentes. *La dissemblance fondamentale est que la définition utilisée par l'aide sociale ne contient aucune «définition» des critères de gravité et de permanence de l'atteinte.* À l'article 95 de la L.R.R.Q., pour remplir le critère de la gravité, il faut être régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice. Pour ce qui est de la permanence, on exige que l'invalidité doive vraisemblablement entraîner la mort ou qu'elle dure indéfiniment. Il est faux d'affirmer qu'on ne retrouve pas ces critères dans la définition utilisée par l'aide sociale. Il ne faut pas seulement avoir des contraintes sévères à l'emploi. Les deux critères sont aussi exigés. L'article mentionne bien que l'état physique ou mental doit être déficient ou altéré de façon significative (*gravité*). L'article ajoute aussi que cette atteinte doit être vraisemblablement permanente ou indéfinie (*permanence*). Petite dissemblance, on ajoute dans la définition utilisée par l'aide sociale qu'on doit tenir compte des caractéristiques socioprofessionnelles. Cela n'est pas inscrit dans la L.R.R.Q. D'une façon générale, on a vu que les décideurs n'en ont pas tenu compte. On termine la définition en mentionnant que pour être «invalidé», la personne doit présenter, en raison de la gravité et de la permanence de son atteinte ainsi que des facteurs socioprofessionnels, des contraintes sévères à l'emploi. Le qualificatif exigé, «sévéres», est à notre avis très restrictif. Le Petit Larousse mentionne «grave, lourd à supporter»<sup>66</sup>. Il semble qu'à la simple lecture de la définition utilisée par l'aide sociale, une personne qui présente des contraintes sévères à l'emploi ne peut pas détenir une occupation véritablement rémunératrice (art. 95 de la L.R.R.Q.). Les définitions se valent et elles reviennent au même. Une personne déclarée invalide par l'aide sociale devra aussi l'être par la Régie des rentes. Les énoncés qui affirment le contraire apparaissent critiquables.

La notion d'invalidité utilisée par le régime d'aide de dernier recours a été interprétée différemment de celle contenue à la L.R.R.Q. Au niveau

---

65. *M.B. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 282 (rés.) au para. 50. Voir aussi *Affaires sociales* - 590, [2000] T.A.Q. 979 au para. 14; *P.D. c. Régie des rentes du Québec*, [2005] T.A.Q. 290 (rés.) au para 29..

66. *Le Petit Larousse illustré*, 1994, s.v. «sévère».

technique, nous avons relevé trois différences notables. Premièrement, tout comme en matière de rentes, la preuve médicale est l'aspect le plus important pour juger de la présence d'une invalidité<sup>67</sup>. On a toutefois vu qu'en matière de rentes, le témoignage de l'individu pouvait aussi être assez déterminant. En matière d'aide sociale, on semble d'une façon générale lui accorder moins de poids. Une décision énonce d'ailleurs qu'on ne doit en tenir compte «qu'à titre complémentaire»<sup>68</sup>.

Deuxièmement, en matière de rentes, *on juge de la gravité de l'atteinte en fonction de l'incapacité à travailler*. En l'absence de toute définition de la gravité de l'atteinte, certains décideurs en matière d'aide sociale l'ont aussi logiquement fait. Ces décisions ont toutefois été renversées. On a souligné que le législateur n'a pas prévu ce critère<sup>69</sup>. Une personne peut d'ailleurs travailler même si elle souffre de contraintes sévères à l'emploi :

[U]ne personne peut recevoir une allocation pour contraintes sévères à l'emploi et avoir le droit de gagner un revenu minime. C'est donc qu'elle peut malgré ses problèmes de santé significatifs conserver une certaine capacité lui permettant de percevoir quelques gains de travail. Ces gains peuvent faire l'objet d'une exclusion réglementaire. Il existe donc une nuance entre l'incapacité totale de travailler et la présence de contraintes sévères excluant la possibilité de subvenir à ses besoins par son travail.<sup>70</sup>

---

67. Voir par exemple *Aide sociale* - 48, [1991] C.A.S. 836 aux pp. 838-839; *Aide sociale* - 33, [1991] C.A.S. 789 aux pp. 791-792; *Aide sociale* - 62, [1992] C.A.S. 875 aux pp. 876-877; *Aide sociale* - 7, [1996] C.A.S. 61 aux pp. 63-64.

68. *Aide sociale* - 87, [1996] C.A.S. 629 à la p. 631.

69. *Affaires sociales* - 157, [1999] T.A.Q. 12 aux para. 11-13. Voir aussi *Huard c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 99-1144 (C.S.) aux pp. 5-12. («Les avocats de l'intimé et du mis en cause reconnaissent que si le Tribunal devait conclure que le tribunal administratif a appliqué le test d'une incapacité de travailler, cela constituerait une erreur «manifestement déraisonnable» justifiant l'intervention du Tribunal» (p. 7)). Cf. *J.L.-R. c. Québec (Ministre de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, T.A.Q.E. 2005AD-35 au para. 13.

70. *C.S. c. Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, [2001] T.A.Q. 969 au para. 27. Une personne qui souffre de contraintes sévères à l'emploi peut gagner 100 \$ par mois sans que son allocation ne soit touchée : *Règlement sur le soutien du revenu*, (1999) 131 G.O. II, 4083 [R.R.Q., c. S-32.001, r. 1], art. 88.

Sur ce point, on rejoint la situation de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Une personne peut occuper un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur et être quand même déclarée invalide.

Enfin, la troisième différence se situe au niveau de la preuve. En matière de rentes, même si on ne l'a pas fait souvent, on tient compte de la preuve médicale et des facteurs socioéconomiques *en même temps* pour juger de la gravité de l'invalidité. Sera grave une invalidité qui empêche de travailler. En matière d'aide sociale, il existe plutôt un «test en deux étapes». Le requérant doit d'abord faire la preuve des critères de gravité et de permanence de son état. Comme on l'a vu, la notion d'incapacité à travailler n'est alors pas pertinente. *Par la suite*, on peut tenir compte des facteurs socioéconomiques et déterminer, à la vue de l'ensemble du dossier, si la personne souffre de contraintes sévères à l'emploi<sup>71</sup>. Bref, on analyse en premier lieu le dossier médical. Si la personne est atteinte de façon grave et permanente, on peut chercher à savoir si ces atteintes, combinées aux facteurs socioprofessionnels, causent des contraintes sévères à l'emploi. Les tribunaux judiciaires ont confirmé le bien-fondé de ce test<sup>72</sup>.

Ces «différences» ont-elles eu une influence sur la jurisprudence? À notre avis, il est faux de dire que le critère utilisé par l'aide sociale est plus ouvert que celui prévu à la *L.R.R.Q.* On retrouve bien sûr des décisions où on a été peu rigoureux dans l'évaluation de l'invalidité. L'extrait suivant est assez représentatif de ce courant. Il applique aussi parfaitement le test en deux étapes, ce qui n'est pas toujours le cas en jurisprudence :

Concernant l'état physique de l'appelant, il est évident qu'il est altéré de façon significative et permanente. Non seulement est-il visible - la Commission a pu le constater lors de l'audience, le membre supérieur droit n'a aucune fonction utile pour l'appelant -, mais en plus les deux rapports médicaux déposés au dossier le précisent. [...]

---

71. *Aide sociale* - 50, [1991] C.A.S. 843 aux pp. 846-847. Voir aussi *Aide sociale* - 33, [1991] C.A.S. 789 à la p. 791; *Aide sociale* - 55, [1992] C.A.S. 846 à la p. 849; *Aide sociale* - 105, [1994] C.A.S. 563 aux pp. 564-565. Même si ce n'est pas totalement limpide, le test est aussi repris dans *Aide sociale* - 5, [1996] C.A.S. 54 à la p. 56 et *Affaires sociales* - 32, [1998] T.A.Q. 69 aux para. 15-16.

72. *Couture c. Tribunal administratif du Québec*, J.E. 99-1563 (C.S.) à la p. 9. Voir aussi *Corbeil c. Québec (Procureure générale)*, B.E. 2000BE-927 (C.S.) à la p. 1.

Dans les circonstances, il est difficile de comprendre la position de l'intimé qui nie que l'état physique de l'appelant soit altéré d'une façon significative et permanente.

Concernant les caractéristiques socioprofessionnelles de l'appelant, la preuve a démontré qu'il est âgé de 36 ans, qu'il n'a jamais terminé sa deuxième année primaire, que sa seule expérience de travail est manuelle et qu'il sait à peine lire et écrire.

Compte tenu du fait que l'atteinte physique est aux deux membres supérieurs et étant donné les caractéristiques socioprofessionnelles de l'appelant, on ne peut que conclure qu'il existe d'importantes contraintes à l'emploi.

Il est clair que les caractéristiques socioprofessionnelles de l'appelant le destinaient à un emploi manuel qu'il lui est aujourd'hui pratiquement impossible de détenir sur une base qui lui permettrait de subvenir à ses besoins.<sup>73</sup>

On a aussi débouté certaines personnes qui semblaient parfaitement aptes et qui semblaient vouloir «profiter du système»<sup>74</sup>. D'autres, malgré le caractère très grave de leur invalidité, ont été déboutées car cette dernière n'était pas prolongée<sup>75</sup>. On a toutefois été assez rigoureux face à plusieurs prestataires qui

- 
73. *Aide sociale* - 38, [1991] C.A.S. 806 aux pp. 807-808. Voir aussi dans ce courant *Aide sociale* - 20, [1996] C.A.S. 105 aux pp. 105-108 (homme sérieusement blessé au dos); *Aide sociale* - 70, [1996] C.A.S. 575 aux pp. 576-577 (prestataire «entre» des contraintes temporaires et des contraintes sévères - contraintes sévères reconnues); C.S. c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, [2001] T.A.Q. 969 aux para. 4-17 (plusieurs problèmes de santé physique et mentale, dont une gonarthrose aux genoux, une hépatite C avec cirrhose et une dépression); D.G. c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, [2002] T.A.Q. 305 (rés.) aux para. 19-23 (homme souffrant principalement de diabète compliqué d'une néphropathie et d'une rétinopathie); S.G. c. *Québec (Ministre de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, [2004] T.A.Q. 938 aux para. 24-27; J.L.-R. c. *Québec (Ministre de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille)*, T.A.Q.E. 2005AD-35 aux para. 13-15 (individu souffrant de fibromyalgie et d'un syndrome de fatigue chronique).
74. Voir par exemple *Aide sociale* - 200, [1998] C.A.S. 132 à la p. 135; *Affaires sociales* - 543, [2000] T.A.Q. 903 aux para. 16-18.
75. A.L. c. *Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, [2001] T.A.Q. 1107 au para. 27 (personne souffrant de leucémie).



semblaient remplir les conditions. La décision *Aide sociale* – 50<sup>76</sup> est assez représentative de ce courant. En l'espèce, une dame souffrait d'une hypothyroïdie traitée depuis environ 5 ans - elle serait euthyroïdienne; d'obésité modérément importante; d'arthrose au niveau de la colonne vertébrale avec discarthrose; d'une céphalée tensionnelle occasionnelle soulagée avec de l'acétaminophène; elle était aussi atteinte d'une lithiase vésiculaire avec dyspepsie secondaire occasionnelle et d'un état situationnel qui nécessitait un traitement. Le rapport du médecin traitant mentionnait que la dame n'était «pas en mesure d'aller sur le marché du travail, d'autant plus qu'elle devra être opérée [sic] bientôt»<sup>77</sup>. L'état de la dame et les facteurs socioéconomiques semblaient militer en faveur de la reconnaissance de son invalidité. La narration de sa vie est d'ailleurs particulièrement touchante. Son enfance et son mariage ont été laborieux. Les deux furent ponctués de travaux manuels exigeants et de problèmes de santé<sup>78</sup>. À notre humble avis, cette dame aurait dû être reconnue invalide selon les critères de l'aide sociale. En l'espèce, après avoir rappelé qu'on doit évaluer les facteurs socioéconomiques une fois que la gravité et la permanence de l'atteinte ont été établies, le décideur a laconiquement mentionné que le critère de la gravité de l'atteinte n'était pas rempli<sup>79</sup>. En matière de rentes, on aurait pu tenir compte des facteurs socioéconomiques pour établir son incapacité à travailler et ainsi démontrer la gravité de son atteinte. *Le test en deux étapes nuit donc aux bénéficiaires en matière d'aide sociale.*

On retrouve aussi en jurisprudence quelques cas limites de personne qui étaient «sérieusement atteintes» sans être invalides. Même si elles sont bien fondées en droit, ces décisions vont dans le sens de l'interprétation restrictive de ces dispositions législatives. Dans une affaire, on a été assez rigoureux face aux facteurs socioéconomiques. Le décideur donne une valeur inespérée au travail à la maison et à son influence sur la possibilité d'exercer un emploi. Il n'accorde aussi pas beaucoup d'importance à la faible scolarité de la dame :

---

76. [1991] C.A.S. 843.

77. *Ibid.* à la p. 845.

78. *Ibid.* aux pp. 845-846.

79. *Ibid.* à la p. 847. Pour d'autres décisions semblables, voir *Aide sociale* - 31, [1992] C.A.S. 478 à la p. 480 (homme souffrant de douleurs au dos et aux jambes [D.A.P. de 30 %] et ayant une formation académique et professionnelle limitée); *Aide sociale* - 9, [1993] C.A.S. 59 aux pp. 64-65 (homme souffrant d'hypertension artérielle, d'obésité et de diabète - opinions contradictoires de quatre médecins).

Quant à la difficulté ou l'impossibilité d'apprentissage de l'appelante, la Commission estime que l'on attache une trop grande importance aux résultats scolaires de l'appelante. Certaines dames décident de demeurer à la maison pour se charger de l'éducation de leurs enfants. À leur retour sur le marché du travail, elles ont des acquis qui leur sont utiles pour l'exécution de divers travaux : sens de l'organisation du travail, ponctualité, et le reste.

De plus, on peut apprendre des façons de faire par des démonstrations que l'on nous fait. Il n'y a pas que l'étude de matières académiques qui permette d'apprendre.<sup>80</sup>

Gageons que toutes les femmes qui ont sacrifié une partie de leur vie à l'éducation de leurs enfants aimeraient se retrouver devant un employeur qui pense comme ce décideur...

Que faut-il conclure de cette analyse jurisprudentielle? D'une façon générale, il ne ressort pas que la notion de «contraintes sévères à l'emploi» soit moins restrictive que le concept d'invalidité du régime de rentes. Le test en deux étapes nuit aux victimes. On ne peut tenir compte des facteurs socioéconomiques pour démontrer la gravité de l'atteinte. On doit d'abord prouver la gravité (et la permanence) et ensuite, les facteurs peuvent servir à démontrer qu'on souffre de contraintes sévères à l'emploi. On peut conclure qu'une personne qui a été reconnue invalide par l'aide sociale devrait aussi l'être par la Régie des rentes. On peut aussi référer à la jurisprudence rendue sur les contraintes sévères à l'emploi en matière de rentes. Le contraire est aussi vrai.

#### **4. Le supplément pour enfant handicapé**

Le Québec a instauré un régime de subsides pour enfant handicapé le 1<sup>er</sup> janvier 1980. C'est aussi la Régie des rentes du Québec qui gère ce programme. Jusqu'au 31 décembre 2004, les modalités d'application étaient

---

80. *Aide sociale - 15*, [1993] C.A.S. 84 à la p. 87. Voir aussi dans ce courant *B.B. c. Québec (Ministre de la Solidarité sociale)*, [2001] T.A.Q. 379 (rés.) au para. 11 (personne gravement atteinte mentalement - demande rejetée pour une question de date).

prévues dans la *Loi sur les prestations familiales*<sup>81</sup>. Le programme était intitulé «L'allocation pour enfant handicapé». Les conditions d'admissibilité étaient les mêmes que pour les allocations familiales. L'enfant devait avoir moins de 18 ans et ce dernier, de même que la personne qui en a la charge, devrait résider au Québec. Le revenu familial des parents n'était toutefois pas considéré. Le montant versé était le même pour tous les enfants. Pour recevoir une allocation, un enfant devait être atteint d'un «handicap au sens du règlement du gouvernement» (art. 11 de la *L.P.F.*)<sup>82</sup>.

Les prestations familiales (allocations familiales et allocations pour enfant handicapé), le crédit d'impôt non remboursable pour enfant à charge et la réduction d'impôt à l'égard des familles ont été remplacés le 1<sup>er</sup> janvier 2005 par le nouveau «soutien aux enfants»<sup>83</sup>. Il s'agit d'un crédit d'impôt remboursable. Il est toujours administré par la Régie des rentes. Il comprend deux volets : le paiement de soutien aux enfants et le supplément pour enfant handicapé. Les modalités d'application sont maintenant prévues à la *Loi sur les impôts*<sup>84</sup>. Les critères d'admission au nouveau supplément pour enfant handicapé n'ont pas changé. Pour les fins de notre étude, l'allocation pour enfant handicapé ne fait que changer de nom. Le règlement auquel référerait l'article 11 de la *L.P.F.* est toujours en vigueur jusqu'à ce qu'on adopte un nouveau règlement en vertu des nouvelles modalités d'application<sup>85</sup>. L'article qui prévoit ce pouvoir englobe

---

81. L.R.Q., c. P-19.1 [*L.P.F.*]. Avant le 1<sup>er</sup> septembre 1997, elles étaient prévues dans la *Loi sur les allocations d'aide aux familles*, L.R.Q., c. A-17, art. 5. Avant le 1<sup>er</sup> mai 1988 et la *Loi modifiant la loi sur les allocations familiales et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 4, art. 1, la *Loi sur les allocations d'aide aux familles* s'appelait la *Loi sur les allocations familiales*, L.R.Q., c. A-17. La disposition pertinente aux enfants handicapés était l'article 4, tel qu'adopté par la *Loi modifiant les allocations familiales concernant les enfants handicapés*, L.Q. 1979, c. 60, art. 1 (en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1980) et tel que modifié par la *Loi modifiant la Loi sur l'aide sociale et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1981, c. 25, art. 7 (en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1982).

82. Pour ce paragraphe, voir F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 à la p. 75.

83. La *L.P.F.* fut abrogée : *Loi donnant suite au discours sur le budget du 30 mars 2004 afin d'introduire des mesures de soutien aux familles ainsi qu'à certains autres énoncés budgétaires*, L.Q. 2005, c. 1, art. 323. Cet article est par exception en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005.

84. L.R.Q., c. I-3, art. 1029.8.61.8 à 1029.8.61.60 (sur le soutien aux enfants en général). Pour le supplément précisément, voir les articles 1029.8.61.18 et 1029.8.61.19.

85. Art. 323 par. 11 de la loi citée à la note 83.

l'essence de l'actuel règlement<sup>86</sup>. Le nouveau texte réglementaire devrait donc être identique ou très semblable à l'ancien.

La définition de l'«invalidité» utilisée pour l'admissibilité au supplément pour enfant handicapé est donc toujours prévue pour le moment dans le *Règlement sur l'allocation pour enfant handicapé*<sup>87</sup>. Il existe d'abord une définition de base. Les termes utilisés dans cette définition primaire sont par la suite aussi définis. La définition «complète» est donc assez volumineuse. Essentiellement, est handicapé un enfant «ayant une déficience ou un trouble du développement qui le limite de façon importante dans les activités de la vie quotidienne pendant une période prévisible d'au moins un an» (art. 1). L'article 2 du règlement mentionne que «l'enfant dont l'état, pendant une période prévisible d'au moins un an, correspond ou est comparable aux cas mentionnés à l'annexe est présumé handicapé au sens de l'article 1». L'annexe du règlement est un document assez détaillé de quatorze pages<sup>88</sup>. À titre d'illustration, un enfant âgé de moins de quatre ans qui porte des lentilles cornéennes en raison d'une aphalkie bilatérale est présumé handicapé. Dans les autres cas, l'article 2 prévoit que l'importance du handicap de l'enfant s'évalue selon les critères suivants: les incapacités qui subsistent malgré les facteurs facilitants; les obstacles qu'il rencontre dans son milieu; et les contraintes que vit son entourage. L'annexe du règlement contient également des exclusions. L'enfant dont l'état correspond à ces exclusions «n'est pas présumé handicapé au sens de l'article 1» (art. 3). C'est le cas d'un enfant qui a simplement un déficit d'attention, avec ou sans hyperactivité, traité seulement par une médication.

On remarque qu'il existe une différence fondamentale entre la notion de *handicap* donnant droit au supplément pour enfant handicapé et celle d'*invalidité* prévue à l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Les critères de «degré» et de «durée» sont fort différents. À l'article 95 de la *L.R.R.Q.*, on exige une invalidité grave qui empêche de travailler. Pour le supplément pour enfant handicapé, on requiert simplement que ce dernier soit atteint d'«une déficience ou un trouble du développement qui le limite de façon importante dans les activités de la vie quotidienne». Le critère de durée est également adouci. On n'exige pas la permanence mais uniquement que «l'invalidité» s'étende sur une période

---

86. *Loi sur les impôts*, supra note 84, art. 1029.8.61.19.

87. (2000) 132 G.O. II, 13 [R.R.Q., c. P-19.1, r. 0.1].

88. Voir (2000) 132 G.O. II, 16.

prévisible d'au moins un an. On voit que les critères retenus pour le supplément pour enfant handicapé sont beaucoup moins rigoureux que ceux utilisés en matière de rentes. La première notion est plus large. Elle pourrait inclure un enfant qui a subi de multiples fractures dans un accident. Son handicap n'est pas permanent et on peut prédire qu'il sera totalement rétabli dans quelques années. Il sera tout de même considéré «invalide»<sup>89</sup>.

La définition actuelle se rapproche en fait davantage de la notion d'incapacité. Elle est en vigueur seulement depuis le 1<sup>er</sup> février 2000. Avant cette date, trois règlements différents se sont succédés<sup>90</sup>. Ces quatre textes se ressemblent. Ils ne sont toutefois pas identiques. Le nouveau règlement adopté en 2000 a adouci les critères d'admission. Les anciennes définitions étaient plus complexes que l'actuelle. D'une façon générale, on peut les résumer ainsi. Au niveau du critère de la gravité, les deux premiers règlements exigeaient que l'atteinte soit «significative». Le troisième exigeait de son côté que l'atteinte soit «grave». Les trois définitions mentionnaient de près ou de loin que l'enfant, comme dans la définition actuelle, devait être limité de façon importante dans ses activités. Au niveau du critère de la durée, les trois règlements demandaient que le handicap soit «permanent». Les trois règlements exigeaient aussi que le handicap nécessite la mise en place de mesures spécialisées. On ne retrouve maintenant plus cette dernière exigence. Les anciennes définitions se rapprochent de celle de l'invalidité de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Les termes utilisés sont peut-être un peu moins rigoureux. On ajoute toutefois un autre critère, soit celui de la présence de mesures spécialisées. Quant à elle, la nouvelle définition s'éloigne beaucoup de celle utilisée en matière de rentes. Ces affirmations hâtives doivent toutefois être vérifiées en jurisprudence. Cette

---

89. F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 à la p. 76.

90. Avant 1989, la disposition pertinente se trouvait dans le *Règlement sur les allocations familiales*, R.R.Q., 1981, c. A-17, r. 1, art. 9 (avant la refonte des règlements québécois de 1981, il s'agissait de l'article 1.10, tel qu'intégré le 16 avril 1980 par le *Règlement modifiant le Règlement sur les allocations familiales*, (1980) 112 G.O. II, 1863, art. 1 - avant cette date, on s'en tenait au sens «courant» du terme handicapé). Par la suite, ce fut dans le *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, (1989) 121 G.O. II, 5173, art. 6. Cet article a été modifié en 1995 par le *Règlement modifiant le Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, (1995) 127 G.O. II, 740, art. 3. Ce dernier règlement est demeuré en vigueur en vertu de l'article 61 al. 2 de la *L.P.F.* malgré l'abrogation de la *Loi sur les allocations d'aide aux familles* (sa loi habilitante) jusqu'à l'adoption du règlement cité à la note 87.

dernière a peut-être adouci l'ancienne définition ou fait le contraire avec la nouvelle. Nous analyserons la jurisprudence en deux temps. Celle relative aux trois premiers règlements et ensuite celle relative au nouveau.

– La jurisprudence rendue sous les anciens règlements

L'exposé de cette jurisprudence n'est pas inutile. Tel que mentionné, les dispositions alors en vigueur se rapprochent de la situation *actuelle* de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Comme en matière de rentes et d'aide sociale, la preuve médicale est encore une fois l'élément le plus important aux yeux des décideurs. On tient également compte à l'occasion de la preuve testimoniale. Dans une affaire, ce fut pratiquement à l'encontre de la preuve médicale<sup>91</sup>. Les enfants impliqués sont le plus souvent incapables de s'exprimer. Ce sont donc régulièrement les parents qui sont appelés à s'expliquer devant le tribunal. Les anciens règlements ne contenaient pas les présomptions et les exclusions aujourd'hui prévues à l'annexe. Ils étaient plutôt divisés en «catégories de handicap». Les critères d'admission pouvaient alors varier légèrement entre les catégories. Ces critères étaient surtout «spécialisés».

La première catégorie était constituée des handicapés «moteurs» ou «physiques»<sup>92</sup>. On a reconnu «invalides» sous cette catégorie des enfants qui souffraient des pathologies suivantes : interruption de la croissance et limitation articulaire des mains causées par une maladie congénitale<sup>93</sup>; amputation d'un pied<sup>94</sup> ou d'une jambe<sup>95</sup>; manque d'une main<sup>96</sup>; boitement prononcé et difformité spinale et pelvienne qui forçait l'enfant à porter un corset orthopédique<sup>97</sup>; paralysie cérébrale<sup>98</sup>; problèmes orthopédiques et d'incontinences<sup>99</sup>; mauvais fonctionnement du cervelet qui causait à l'enfant des problèmes d'équilibre et

---

91. *Affaires sociales* - 496, [2000] T.A.Q. 1042 (rés.) au para. 24.

92. Articles 1.10(a) et 9(a) du *Règlement sur les allocations familiales*, *supra* note 90, article 6(1) des «deux» *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, *supra* note 90.

93. *Aide sociale* - 1, [1981] C.A.S. 71 aux pp. 72-73.

94. *Aide sociale* - 5, [1981] C.A.S. 80 aux pp. 80-81 (l'enfant souffrait aussi de problèmes cardiaques - on n'a toutefois pas eu à se prononcer sur ce sujet).

95. *Aide sociale* - 6, [1981] C.A.S. 82 à la p. 83.

96. *Aide sociale* - 71, [1981] C.A.S. 576 aux pp. 576-577.

97. *Aide sociale* - 8, [1981] C.A.S. 86 aux pp. 87-89.

98. *Aide sociale* - 9, [1981] C.A.S. 90 aux pp. 91-93; *Aide sociale* - 69, [1981] C.A.S. 571 aux pp. 572-573.

99. *Aide sociale* - 72, [1981] C.A.S. 578 aux pp. 579-580.

des difficultés à se mouvoir<sup>100</sup>; *metatarsus varus adductus* et torsion radiale<sup>101</sup>; neurofibromatose grade I et pseudarthrose grade II du tibia gauche<sup>102</sup>; déficience motrice découlant d'une encéphalopathie périnatale<sup>103</sup>; quadriparésie<sup>104</sup>; et enfin un enfant qui souffrait de troubles de la démarche, de l'équilibre et de coordination avec présence d'ataxie<sup>105</sup>.

En général, on n'a pas été tellement exigeant. La multitude de pathologies énoncées en fait foi. Certains enfants n'ont toutefois pas réussi à se qualifier sous cette catégorie. Deux principales raisons furent avancées par les décideurs. La première est que ces enfants n'étaient pas assez lourdement atteints. On peut lire dans certaines décisions des phrases laconiques comme :

Bien qu'elle reconnaisse que Chantal soit une enfant fortement handicapée, la Commission doit conclure que son handicap n'est pas actuellement couvert par la notion décrite [au règlement alors en vigueur].<sup>106</sup>

Dans une autre affaire, un enfant souffrait de problèmes cardiaques congénitaux qui l'empêchaient de sortir au froid. On a jugé que même si l'enfant avait certaines difficultés physiques, il n'avait «aucune déficience motrice spécifique»<sup>107</sup>. Dans une autre décision, le fait que le diabète et l'épilepsie de l'enfant étaient contrôlés par des médicaments a été déterminant dans le refus de la demande<sup>108</sup>. Enfin, l'autre raison de refus d'allocation fut que le handicap des enfants ne nécessitait aucune «mesure spéciale»<sup>109</sup>. Ce critère était alors explicitement exigé.

---

100. *Aide sociale* - 32, [1982] C.A.S. 560 aux pp. 561-562.

101. *Aide sociale* - 2, [1994] C.A.S. 27 à la p. 28.

102. *Aide sociale* - 118, [1997] C.A.S. 86 aux pp. 88-89.

103. *Aide sociale* - 182, [1998] C.A.S. 63 aux pp. 65-67.

104. *Affaires sociales* - 478, [2000] T.A.Q. 231 aux para. 7-9.

105. *L.S. c. Régie des rentes du Québec*, [2001] T.A.Q. 344 (rés.) aux para. 26-35.

106. *Aide sociale* - 12, [1981] C.A.S. 100 à la p. 101.

107. *Aide sociale* - 4, [1981] C.A.S. 78 à la p. 79.

108. *Aide sociale* - 57, [1982] C.A.S. 859 aux pp. 860-861.

109. *Aide sociale* - 10, [1981] C.A.S. 94 à la p. 95 (enfant souffrant «d'anomalies pénibles»);

*Aide sociale* - 70, [1981] C.A.S. 574 à la p. 575 (enfant qui a des pieds bots).

Parmi les autres catégories d'invalidité, il y avait les handicapés visuels<sup>110</sup> et auditifs<sup>111</sup>. Les divers règlements prévoyaient explicitement les niveaux que les enfants devaient atteindre pour recevoir l'allocation. En raison de ces critères stricts, il y a eu peu de contentieux sur le sujet. Nous avons relevé uniquement deux cas d'enfants handicapés visuels en jurisprudence. Dans les deux cas, on a refusé l'allocation. Dans la première affaire, on a jugé que l'enfant n'avait des problèmes qu'à un œil alors que le règlement exigeait que les deux yeux soient atteints<sup>112</sup>. Dans l'autre, on a jugé que le strabisme dont souffrait l'enfant n'était pas assez important pour lui permettre de se qualifier<sup>113</sup>. Au niveau des handicapés auditifs, cinq cas se sont retrouvés en jurisprudence. Dans quatre de ces affaires, la C.A.S. a finalement accordé l'allocation aux enfants. Il s'agissait le plus souvent de débats techniques<sup>114</sup>. Dans l'unique cas où la C.A.S. a rejeté la demande, il est clair que l'enfant était insuffisamment sourd pour se qualifier<sup>115</sup>.

La quatrième grande catégorie est celle des handicapés mentaux<sup>116</sup>. On a reconnu «invalide» sous cette catégorie des enfants qui souffraient de déficiences mentales au sens large<sup>117</sup>. Des enfants atteints de troubles de

- 
110. Articles 1.10(b) et 9(b) du *Règlement sur les allocations familiales*, *supra* note 90, article 6(2) des «deux» *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, *supra* note 90.
111. Articles 1.10(c) et 9(c) du *Règlement sur les allocations familiales*, *supra* note 90, article 6(3) des «deux» *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, *supra* note 90.
112. *Aide sociale* - 7, [1993] C.A.S. 55 aux pp. 56-57 (l'enfant n'avait aucune acuité visuelle à l'œil droit en raison d'une anomalie congénitale).
113. *Aide sociale* - 8, [1993] C.A.S. 57 à la p. 58.
114. *Aide sociale* - 77, [1981] C.A.S. 592 aux pp. 593-594; *Aide sociale* - 6, [1982] C.A.S. 111 aux pp. 112-113; *Aide sociale* - 34, [1982] C.A.S. 566 aux pp. 567-568; *Aide sociale* - 52, [1994] C.A.S. 176 à la p. 177.
115. *Aide sociale* - 76, [1981] C.A.S. 589 aux pp. 590-591.
116. Articles 1.10(d) et 9(d) du *Règlement sur les allocations familiales*, *supra* note 90, article 6(4) des «deux» *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, *supra* note 90.
117. *Aide sociale* - 11, [1981] C.A.S. 96 aux pp. 98-99; *Aide sociale* - 35, [1982] C.A.S. 568 aux pp. 569-570; *P.F. c. Régie des rentes du Québec*, [2001] T.A.Q. 359 (rés.) aux para. 8-18; *Aide sociale* - 98, [1997] C.A.S. 12 à la p. 14.



comportement<sup>118</sup>, d'épilepsie<sup>119</sup> ou de troubles de langage<sup>120</sup> furent également acceptés. Même si le vocabulaire a varié au fil des règlements, une constante demeure : le handicap mental doit avoir une certaine importance et il doit être permanent. Certains enfants ont vu leurs demandes rejetées pour ces raisons<sup>121</sup>.

La cinquième et dernière catégorie de handicap est celle des enfants porteurs d'une «maladie chronique» qui entraîne un handicap. Cette catégorie est apparue seulement en 1989<sup>122</sup>. Avant, on les incluait dans la première ou la quatrième catégorie si la maladie causait des problèmes moteurs ou mentaux<sup>123</sup>. Qu'est-ce qu'une maladie chronique? Des enfants souffrant des pathologies suivantes furent reconnus invalides sous cette catégorie : asthme<sup>124</sup>; audimutité<sup>125</sup>; allergie au lait, aux œufs, aux arachides et peut-être au kiwi<sup>126</sup>; neurofibromatose<sup>127</sup>; dysphasie<sup>128</sup>; maladie immunitaire congénitale et asthme<sup>129</sup>; et enfin dyslexie chronique se manifestant par une difficulté importante et permanente pour la lecture et l'écriture<sup>130</sup>. Encore une fois, même si le

- 
- 118. S.G. c. Régie des rentes du Québec, [2002] T.A.Q. 289 (rés.) aux para. 14-18 (trouble déficitaire de l'attention avec hyperactivité et trouble d'opposition avec provocation); N.S. c. Régie des rentes du Québec, [2003] T.A.Q. 35 aux para. 30-38 (enfant souffrant d'un retard de développement du langage, de troubles d'apprentissage et d'hyperactivité); *Aide sociale* - 115, [1997] C.A.S. 74 aux pp. 76-81 (syndrome de Gilles de la Tourette).
  - 119. *Aide sociale* - 75, [1981] C.A.S. 585 aux pp. 586-588.
  - 120. *Affaires sociales* - 496, [2000] T.A.Q. 1042 (rés.) aux para. 23-31.
  - 121. *Aide sociale* - 7, [1981] C.A.S. 84 à la p. 85; *Aide sociale* - 73, [1981] C.A.S. 581 à la p. 582 (enfants seulement atteints de déficience «légère» - Q.I. de 70 et de 76 respectivement); *Aide sociale* - 112, [1997] C.A.S. 56 aux pp. 58-61 (enfant atteint de dyslexie et d'un déficit de l'attention non suffisamment importants pour être dans les normes); M.-R.N. c. Régie des rentes du Québec, [2003] T.A.Q. 171 aux para. 19-26 (hyperactivité, déficit de l'attention et difficultés d'apprentissage - pas de déficience importante et permanente et aucune mesure spécialisée n'est nécessaire).
  - 122. Article 6(5) des «deux» *Règlement sur les allocations d'aide aux familles*, *supra* note 90.
  - 123. Voir par exemple *Aide sociale* - 1, [1981] C.A.S. 71 aux pp. 72-73.
  - 124. *Aide sociale* - 50, [1995] C.A.S. 215 aux pp. 218-220; *Aide sociale* - 88, [1995] C.A.S. 636 aux pp. 638-641; S.-A.-C. c. Régie des rentes du Québec, [2003] T.A.Q. 982 (rés.) aux para. 42-59.
  - 125. *Aide sociale* - 104, [1997] C.A.S. 31 aux pp. 34-35; *Aide sociale* - 124, [1997] C.A.S. 118 aux pp. 122-123.
  - 126. *Aide sociale* - 107, [1997] C.A.S. 39 aux pp. 41-42.
  - 127. *Aide sociale* - 165, [1997] C.A.S. 529 aux pp. 530-532.
  - 128. *Affaires sociales* - 233, [1999] T.A.Q. 519 (rés.) aux para. 47-65.
  - 129. D.T. c. Régie des rentes du Québec, [2001] T.A.Q. 1016 aux para. 19-24.
  - 130. J.A.-B. c. Régie des rentes du Québec, [2003] T.A.Q. 6 aux para. 25-30.

vocabulaire a varié, on a toujours exigé que le handicap causé par la maladie ait une certaine importance. Jusqu'en 1995, il devait être *significatif*. Dans une affaire, un enfant était atteint d'une maladie coeliaque qui entraînait une déficience organique permanente légère. En rejetant sa demande, la C.A.S. a mentionné :

La Commission ne peut donc conclure que le handicap puisse être qualifié de moyen ou profond, selon la preuve offerte. La disposition en litige vise un handicap profond ou, à tout le moins, moyen lorsqu'elle parle d'un handicap «significatif»; c'est d'ailleurs là le sens du mot «significatif» que l'on retrouve dans les dictionnaires, relativement au sens usuel de ce mot, et non celui qui aurait été retenu par le médecin selon l'appelante, soit de «non normal».<sup>131</sup>

On a aussi jugé dans deux affaires que l'asthme dont souffraient des enfants ne causait pas un handicap assez significatif<sup>132</sup>. Après la modification intervenue en 1995, on exigeait que le handicap soit *important*. Sous ce critère, la demande d'un enfant souffrant de tachycardie fut refusée<sup>133</sup>.

On voit à la lecture des pathologies des enfants qui se sont qualifiés et de ceux qui furent déboutés que les critères de sélection étaient assez rigoureux. Il est donc possible de faire des analogies entre cette jurisprudence et celle rendue en matière de rentes. Un enfant qui fut reconnu handicapé sous ces règlements devrait aussi l'être sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.*

– La jurisprudence rendue sous le nouveau règlement

Le nouveau règlement est en vigueur uniquement depuis cinq ans. Il est aussi extrêmement détaillé et complet. Ces deux points expliquent que le contentieux ne soit pas volumineux. La preuve médicale est encore une fois très importante. Comme sous les anciens règlements, le témoignage de certains intervenants peut toutefois peser lourd dans la balance. Dans une affaire, on a reconnu comme handicapé un enfant souffrant du syndrome de Gilles de la Tourette et de troubles de comportement. Les témoignages de la mère et de

---

131. *Aide sociale* - 55, [1994] C.A.S. 371 à la p. 373.

132. *Aide sociale* - 48, [1995] C.A.S. 205; *Aide sociale* - 39, [1996] C.A.S. 176 aux pp. 182-183.

133. *M.-L.G. c. Régie des rentes du Québec*, [2002] T.A.Q. 5 aux para. 27-41.

l'institutrice de l'enfant furent déterminants. Ils ont même en quelque sorte court-circuité la preuve médicale<sup>134</sup>.

D'une façon générale, si un enfant s'était qualifié sous les anciens règlements, il remplira aussi les critères du nouveau. C'est le cas de l'enfant qui souffrait de dyslexie chronique se manifestant par une difficulté importante et permanente pour la lecture et l'écriture<sup>135</sup>. On se souvient que le nouveau texte contient des présomptions qui aident les enfants. Ces dernières ont dû être circonscrites par le T.A.Q. Dans une affaire, un enfant souffrait de troubles de langage, d'apprentissage et de comportement, ainsi que d'une lenteur intellectuelle. Il était aussi atteint du syndrome de Duane à l'œil gauche. Comme sa situation n'était pas prévue dans les présomptions, la Régie des rentes a décidé qu'il n'était pas handicapé. Le T.A.Q. a renversé cette décision. Il a alors souligné :

[L]es diverses *présomptions* énumérées à l'annexe du *Règlement* ont été édictées par le législateur **en faveur de l'enfant** et dans le but seulement de faciliter la preuve de ses handicaps.

Le fait qu'un enfant ne rencontre pas *tous* les éléments de fait permettant de faire naître une ou l'autre de ces présomptions n'emporte donc pas, de ce fait, une conclusion d'absence de handicap.<sup>136</sup>

Cet extrait est maintenant régulièrement cité. Ce fut le cas dans une affaire où un enfant souffrait d'un trouble important du langage expressif associé à un trouble de la motricité fine et à des faiblesses des fonctions exécutives. Après avoir rappelé que l'absence de présomptions n'était pas fatale, le T.A.Q. a décidé que cette pathologie était visée par la définition de l'invalidité incluse au nouveau règlement<sup>137</sup>.

Toujours dans une optique technique, une autre affaire est venue préciser la notion de diagnostic. En l'espèce, l'enfant souffrait d'un retard global de

---

134. *P.T. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 907 aux para. 44-47.

135. *J.A.-B. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 6 aux para. 31-33.

136. *C.R. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 712 aux para. 17-18 (police identique dans l'original).

137. *M.O. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 786 aux para. 38-43.

développement, d'hypermétropie et d'ésotropie. Il fut examiné par plusieurs spécialistes. Ces derniers ont reconnu que l'enfant souffrait de divers problèmes sans toutefois les identifier clairement. Les pathologies furent par la suite précisées et confirmées par une évaluation multidisciplinaire. La Régie des rentes prétendait que l'enfant était handicapé uniquement à partir de ce second diagnostic. Le T.A.Q. a toutefois décidé que le règlement n'exigeait pas «l'établissement d'un diagnostic précis et détaillé du point de vue fonctionnel»<sup>138</sup>. Le premier diagnostic «général» était suffisant pour considérer l'enfant handicapé. En général, on n'a pas été tellement rigoureux à l'égard des enfants. Dans une affaire toutefois, une jeune fille avait certaines difficultés d'apprentissage, elle recevait les services d'une technicienne en éducation spécialisée plus de treize heures par semaine et elle souffrait d'une discrète diplégie spastique. Le T.A.Q. a jugé que cela ne la limitait pas de façon importante dans les activités de la vie quotidienne. Elle ne s'est donc pas qualifiée<sup>139</sup>.

Ce sont les seules décisions qui furent rendues sous le nouveau règlement. Les enfants en cause étaient tout de même assez atteints. La plupart auraient probablement rempli les critères de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Il n'en sera probablement pas toujours ainsi. *Présentement*, les enfants qui se qualifient au supplément pour enfant handicapé sont «sérieusement» handicapés. Des auteurs mentionnent toutefois que «lorsque la nouvelle définition de handicap sera mieux connue dans la population québécoise», le nombre de demande va aller en croissant<sup>140</sup>. Il y a fort à parier que les nouveaux demandeurs seront peut-être des handicapés plus légers ou non permanents, comme le permet le nouveau règlement. Même si ces enfants seront qualifiés de «handicapés», ils ne seront pas «invalides» selon l'article 95 de la *L.R.R.Q.* Nous aurons l'occasion de revenir sur les difficultés que pourra engendrer cette situation.

---

138. *B.T. c. Régie des rentes du Québec*, [2003] T.A.Q. 960 (rés.) au para. 37.

139. *N.R. c. Régie des rentes du Québec*, [2004] T.A.Q. 1053 (rés.) au para. 16.

140. F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 à la p. 76. Selon nos estimations, près de 30 000 enfants se qualifient présentement aux fins du supplément pour enfant handicapé : cf. Régie des rentes du Québec - Direction de l'évaluation et la révision, *Les prestations familiales - statistiques 2002*, Québec, La Régie, 2004 à la p. 24.

## 5. Le régime public d'assurance automobile

Les accidents d'automobile sont la première cause de préjudices corporels graves dans tous les pays développés. Différentes tentatives ont été tentées dans le passé pour faciliter l'indemnisation des victimes : inversion du fardeau de la preuve, mise sur pied d'un fonds d'indemnisation, etc. Toutes ces actions n'ont pas eu les résultats escomptés. On estime qu'avant la mise en place du régime actuellement en vigueur, 30 % des victimes québécoises ne recevaient pas une pleine indemnisation après un accident. Les autres patientaient souvent pendant plusieurs années pour obtenir une somme diminuée de 20 à 30 % par les honoraires de leurs procureurs. Le législateur québécois a donc décidé de réformer en profondeur le système. Il a adopté en 1977 la *Loi sur l'assurance automobile*<sup>141</sup>. Elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1978. Il s'agit du régime qui va le plus loin dans l'indemnisation sans égard à la responsabilité. Sa gestion est confiée en exclusivité à la Société de l'assurance automobile du Québec (S.A.A.Q.)<sup>142</sup>.

La *L.a.a.* utilise le terme «invalidité» ou une expression équivalente dans plusieurs de ses dispositions. Elle se sert par exemple de ce critère dans le chapitre consacré aux indemnités de remplacement du revenu. D'une façon générale, une victime incapable d'exercer son emploi pourra obtenir une telle indemnité. Toujours dans le même chapitre, on retrouve le critère de l'incapacité à occuper un travail lors de la «détermination» d'un emploi par la S.A.A.Q. Pour les raisons énoncées dans la section sur les accidents du travail, ces diverses dispositions ne seront pas analysées dans cette étude. Il s'agit alors simplement «d'incapacité», le plus souvent partielle et temporaire. On n'est pas en présence d'une invalidité, à caractère total et permanent. De plus, nous avons déjà fait état du fait que nous ne voulons pas traiter de l'invalidité liée à une cause précise. On ne s'intéressera donc pas à ces dispositions où on exige que l'invalidité ait été causée *par un accident d'automobile*. On n'examinera que les situations où l'invalidité devait exister *avant l'accident d'automobile*. Il y a uniquement quatre dispositions qui traitent de ce sujet dans la *L.a.a.* : les articles 44, 60, 80 et 83.

---

141. L.R.Q., c. A-25 [*L.a.a.*].

142. Pour ce paragraphe, voir F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4 à la p. 25.

L'article 44 de la *L.a.a.* se trouve dans le chapitre qui traite des indemnités de remplacement du revenu. Il est relatif aux victimes déjà invalides au moment de subir un accident d'automobile. Il mentionne que ces dernières n'ont droit à aucune indemnité. Il se lit comme suit :

La victime qui, lors de l'accident, est régulièrement incapable d'exercer tout emploi pour quelque cause que ce soit, excepté l'âge, ne peut recevoir une indemnité de remplacement du revenu.

Comme la S.A.A.Q. le mentionne dans une de ses publications :

Cette règle est conforme au principe voulant qu'une victime qui ne subit aucune perte réelle de revenu, à la suite de l'accident, ne puisse avoir droit à une indemnité de remplacement du revenu.

Cette victime peut cependant bénéficier des autres indemnités prévues par la loi.<sup>143</sup>

Les autres dispositions visent les victimes «par ricochet». L'article 60 est inclus dans le chapitre sur les indemnités aux personnes à charge en cas de décès d'une victime de la route. Si ces personnes sont «invalides», les sommes accordées seront plus généreuses. L'article 60 définit ainsi l'invalidité :

Pour l'application du présent chapitre :

[...]

3° une personne est invalide lorsqu'elle est atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée.

Pour l'application du paragraphe 3° du premier alinéa, une invalidité est grave si elle rend la personne régulièrement incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice. Elle est prolongée si elle doit vraisemblablement entraîner la mort ou durer indéfiniment.

---

143. Société de l'assurance automobile du Québec, *Loi annotée sur l'assurance automobile : Changements apportés au régime d'indemnisation des dommages corporels*, Québec, Éditeur officiel, 1991 aux pp. 49-50. Voir aussi *Assurance automobile - 15*, [1996] C.A.S. 270 à la p. 271.

Il s'agit encore ici d'une règle logique. Une personne à charge invalide a des besoins plus importants qu'une personne en santé.

De leur côté, les articles 80 et 83 prévoient des «frais de garde». Les victimes d'accident d'automobile qui prenaient soin d'adultes «invalides» recevront certaines sommes. Les extraits pertinents de ces articles se lisent comme suit :

80. Sous réserve de l'article 80.1, la victime exerçant un emploi à temps partiel ou la victime sans emploi capable de travailler qui, à la date de l'accident, a comme occupation principale de prendre soin sans rémunération d'un enfant de moins de 16 ans ou d'*une personne régulièrement incapable d'exercer tout emploi pour quelque cause que ce soit*, a droit à une indemnité pour frais de garde. [...]

83. La victime qui, en raison de l'accident, devient incapable de prendre soin d'un enfant de moins de 16 ans ou d'*une personne qui est régulièrement incapable d'exercer tout emploi pour quelque cause que ce soit* a droit, si elle ne reçoit pas déjà l'indemnité prévue à l'article 80, au remboursement des frais engagés pour prendre soin de ces personnes. [...] [nos italiques]

Comme l'a mentionné le T.A.Q. :

L'indemnité a été conçue pour soulager les victimes d'accidents de la route de tâches-responsabilités qui leur incombent et dont ils ne peuvent plus s'acquitter.<sup>144</sup>

Ces quatre dispositions sont apparues uniquement lors de la réforme de 1989<sup>145</sup>. Les extraits qui nous intéressent sont demeurés inchangés depuis. La *Loi originale* de 1977<sup>146</sup> contenait toutefois une règle analogue à l'article 44. Il s'agissait de l'article 24, dont nous ne tiendrons pas compte. Il s'éloignait sous plusieurs aspects de l'actuel article 44. De leur côté, malgré certaines affiliations

---

144. S.O. c. *Société de l'assurance automobile du Québec*, [2004] T.A.Q. 268 au para. 19.

145. *Loi modifiant la Loi sur l'assurance automobile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1989, c. 15, art. 1.

146. *Loi sur l'assurance automobile*, L.Q. 1977, c. 68 [*Loi originale*].

possibles, les articles 60, 80 et 83 n'ont aucun équivalent dans la *Loi originale* de 1977<sup>147</sup>.

Il existe très peu de décisions rapportées sur ces différentes dispositions législatives. Pour l'article 44, moins d'une dizaine. Pour l'article 60, nous n'avons trouvé aucun jugement qui a fait l'objet d'une publication. Pour les articles 80 et 83, il n'y a également aucune décision qui définit clairement la notion d'invalidité contenue dans ces dispositions<sup>148</sup>. D'une façon générale, les articles 44, 60, 80 et 83 se ressemblent. Nous reviendrons sur les distinctions et nuances à apporter. Pour le moment, on peut affirmer que les «principes généraux» dégagés pour l'article 44 sont susceptibles de s'appliquer aux articles 60, 80 et 83, sous réserve de certaines adaptations. Les adaptations les plus significatives devront être faites pour l'article 60 de la *L.a.a.* De leur côté, les articles 80 et 83 sont identiques à l'article 44<sup>149</sup>.

Voici donc les principes «généraux» dégagés par la doctrine et la jurisprudence. Au niveau technique, une auteure mentionne :

---

147. C'est ce qu'affirme la Société de l'assurance automobile du Québec dans une publication pour les articles 60 et 83 de la *L.a.a.* : *supra* note 143 aux pp. 66 et 87. Pour l'article 60, voir toutefois l'article 37 de la *Loi originale*. Pour l'article 80, la publication de la Société de l'assurance automobile du Québec renvoie à l'article 23 de la *Loi originale* de 1977 (à la p. 80). Ce texte ne contient toutefois aucune référence à l'invalidité. Il sera en conséquence ignoré.

148. À l'exception des décisions citées à la note suivante et d'un *obiter dictum* sur lequel nous reviendrons.

149. Seule différence, les articles 80 et 83 de la *L.a.a.* ne mentionnent pas «excepté l'âge». L'ajout de cette expression à l'article 44 n'a aucune incidence. Il s'agit en fait à notre avis d'un renvoi aux dispositions concernant les indemnités de remplacement du revenu des personnes âgées de 64 ans et plus (art. 40-43 de la *L.a.a.*). Mis à part une exception qui est pour ainsi dire impossible d'application, une personne âgée de 64 ans et plus régulièrement incapable d'exercer tout emploi ne recevra également pas d'indemnité de remplacement du revenu. À partir de maintenant, nous tenons donc pour acquis que les définitions de l'invalidité présentes aux articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* sont identiques. En jurisprudence, une personne relativement âgée sera pour ainsi dire automatiquement reconnue comme étant invalide sous les articles 80 et 83 de la *L.a.a.* Elle donnera donc droit à une indemnité de frais de garde (*Affaires sociales* - 553, [2000] T.A.Q. 917 aux para. 14 et 24. Voir aussi *S.V. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2004] T.A.Q. 14 aux para. 2-4). Ces décisions sont critiquables. On devrait quand même évaluer la capacité de travail de ces personnes. Le test de la capacité à travailler ne sert en fait qu'à déterminer la gravité de l'atteinte ou de l'invalidité d'une personne. Une personne âgée non gravement atteinte ne nécessite habituellement pas de frais de garde.



Selon le libellé de l'article 44 L.a.a., l'exclusion au droit à l'indemnité de remplacement de revenu ne vise que la victime *régulièrement incapable et non celle temporairement incapable* de travailler au moment de l'accident. Cette dernière devra plutôt être considérée comme une victime sans emploi capable de travailler lorsqu'elle redevient capable de reprendre ses activités. De plus, si, en raison de l'accident, l'incapacité temporaire au moment de l'accident devient permanente, la victime a droit à une indemnité de remplacement de revenu.<sup>150</sup>

Il est évident qu'à l'article 44 de la *L.a.a.*, même si ce n'est pas mentionné, la personne doit être invalide d'une façon permanente. Signalons que l'article 60 le prévoit explicitement. Comme l'extrait que nous venons de citer l'indique, la personne temporairement incapable d'exercer un emploi devra plutôt se voir appliquer les articles 23 à 26 de la *L.a.a.* Il était donc inutile d'ajouter le critère de la permanence. Sur ce point, il n'y a aucune controverse. Une décision du T.A.Q. rendue en 2004 a toutefois mentionné en *obiter dictum* que l'incapacité présente aux articles 80 et 83 de la *L.a.a.* pouvait être uniquement «temporaire» :

La procureure de l'intimée [la S.A.A.Q.] explique dans sa lettre adressée au Tribunal que l'épouse du requérant ne pouvait être considérée comme personne à charge aux fins du calcul de l'IFG puisqu'elle n'était pas régulièrement incapable d'exercer tout emploi.

*«La conjointe de (nom du requérant) n'était pas **régulièrement** incapable, elle était **temporairement** incapable puisque suivant le témoignage de Monsieur (nom du requérant), elle a repris son travail vers le mois de septembre 2001. Une personne régulièrement incapable signifie une personne invalide ou qui aurait un handicap ou qui serait atteinte d'une maladie chronique.»*

(Notre emphase)

---

150. Janick Perreault, *L'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accident d'automobile : aspects juridiques*, Brossard (Qc), CCH, 2001, n° 244 aux pp. 93-94 (nos italiques).

Avec respect pour l'opinion contraire, le terme **régulièrement** réfère ici plutôt au sens de **continu** de l'invalidité, pour une période de temps bien circonscrite, qui peut être permanente ou non. Si le législateur avait voulu parler d'une invalidité permanente, il l'aurait qualifiée ainsi. Selon le témoignage du requérant, sa conjointe était invalide à son retour à la maison en mai 2001. Il a dû s'en occuper, au même titre qu'un enfant, pendant tout l'été.<sup>151</sup>

L'argumentation du T.A.Q. est logique dans le cadre des articles 80 et 83. Par contre, comme on a pu le voir, elle est illogique en ce qui concerne l'article 44. Comme le rappelle le professeur P.-A. Côté, une loi doit être lue dans son ensemble. On ne doit pas interpréter un article isolément. Une expression identique ne devrait pas avoir deux sens différents dans la même loi<sup>152</sup>. Il est vrai que les propos du professeur P.-A. Côté sont nuancés. La même expression pourrait ne pas vouloir dire la même chose dans la même loi si le contexte est différent. Cela pourrait être le cas en l'espèce. Il n'en demeure pas moins que pour les raisons énoncées, c'est l'argumentation de la procureure de la S.A.A.Q. qui aurait dû à notre avis être retenue. L'invalidité aux articles 80 et 83 doit aussi être permanente<sup>153</sup>.

Dans un autre ordre, une affaire énonce une règle intéressante sur la notion de la capacité à détenir un emploi :

Il s'agit ici non pas de détention d'emploi mais d'une évaluation de la capacité du requérant de détenir un emploi. C'est la preuve d'une incapacité d'exercer tout emploi qui donne ouverture à l'application de l'article 44 de la loi. Retenir que seul l'exercice effectif d'un emploi rémunéré peut contrer cette conclusion d'incapacité à exercer tout emploi paraît aller au-delà de l'objectif visé par cet article 44, et

---

151. *S.O. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2004] T.A.Q. 268 aux para. 17-19 (référence omise - police identique dans l'original).

152. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 387-433 (principalement aux pp. 419-422). Voir aussi l'article 41.1 de la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

153. Un autre argument de texte peut être tiré de la version anglaise de la *L.a.a.* À l'article 44, où on n'a pas besoin de préciser le critère de la permanence, le terme «régulièrement» est traduit par «regularly». Aux articles 80 et 83, on utilise plutôt le terme «ordinarily», ou ordinairement incapable d'exercer tout emploi. Ce terme réfère à la permanence de l'incapacité. Notons qu'au Québec, les versions française et anglaise des lois ont la même valeur juridique : *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, art. 7.

ce, d'autant plus que d'autres dispositions de la *Loi sur l'assurance automobile* viennent distinctement traiter de la situation de personnes sans emploi lors de l'accident, bien que capables de travailler.<sup>154</sup>

Dans cette affaire, le fait que la victime exerçait une activité bénévole à temps plein dans un centre d'hébergement a fait en sorte qu'elle ne fut pas considérée invalide en vertu de l'article 44 de la *L.a.a.* Toujours dans le même thème, une autre décision vient nous rappeler une règle que nous avons observée en matière de rentes. Le critère de l'article 44 de la *L.a.a.* n'est pas l'incapacité à exercer son emploi, mais bien *tout emploi*. Il s'agit d'un critère plus rigoureux<sup>155</sup>.

La majorité des décisions qui ont appliqué l'article 44 de la *L.a.a.* n'ont toutefois pas défini l'invalidité. On a plutôt principalement référé aux autres régimes publics d'assurance et de sécurité sociale. Si une personne a été déclarée invalide en vertu d'un autre régime, elle l'est aussi pour la *L.a.a.* pour l'application de l'article 44, le plus souvent sans aucune discussion<sup>156</sup>.

Dans plusieurs affaires portées devant la S.A.A.Q., les victimes recevaient une rente d'invalidité de la Régie des rentes. *Elles sont donc visées par l'article 44 de la L.a.a.* On a mentionné dans une décision :

S'il survient avant l'accident d'automobile, l'octroi d'une rente d'invalidité, par la Régie des rentes, à un cotisant de moins de 60 ans fut souvent retenu par ce Tribunal comme une indication déterminante d'une incapacité d'un accidenté à exercer tout emploi au sens de l'article 44 de la loi (Voir à titre illustratif à ce sujet les décisions AA-57707, rendue le 8 juillet 1999 par Me Hérard et Dr Beauregard; AA-58321, rendue le 22 novembre 1993 par Me Gouin et Dr Therrien (CAS); AA-19057, rendue le 14 mai 1998 par Me Mercure et Dr

---

154. *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2002] T.A.Q. 679 au para. 15 (soulignés dans l'original). Confirmé par *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] T.A.Q. 40.

155. *Affaires sociales - 542*, [2000] T.A.Q. 893 au para. 52 : «le requérant n'était pas «régulièrement incapable d'exercer tout emploi». Tout au plus était-il incapable d'exercer son métier de commerçant en fruits encore que sur ce point, la preuve ne soit pas des plus concluantes».

156. La décision citée à la note précédente (au para. 53) nous rappelle toutefois que l'invalidité (et la déclaration d'un autre régime) doit être présente *avant l'accident* et non *avoir été causée* par ce dernier.

Beauregard et AA-16915, rendue le 14 novembre 1996 par Me Bisson-Jolin et Dr Larochelle (CAS)). L'on ne peut en effet manquer de constater la proximité du critère retenu par l'article 44 avec ceux évoqués en matière d'invalidité [à l'article 95 de la *L.R.R.Q.*].<sup>157</sup>

En révision pour cause de cette décision, on mentionne que «le critère de l'article 44 de la *Loi sur l'Assurance automobile* du Québec et celui de l'article 95 de la *Loi sur la Régie des rentes du Québec* [sic] ont la même portée»<sup>158</sup>. Dans une décision rendue en 2004, une victime avait plaidé que «la reconnaissance de l'invalidité par la Régie des rentes du Québec ne signifie pas pour autant qu'il est inapte à tout emploi»<sup>159</sup>. Cet argument fut rejeté et la déclaration de la Régie des rentes sera la principale *ratio decidendi* du décideur. Bref, selon la jurisprudence, *une personne invalide selon la Régie des rentes du Québec est invalide au sens de l'article 44 de la L.a.a.*

Peut-on réellement appliquer la jurisprudence rendue sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.* en matière d'assurance automobile? Était-il fondé de déclarer invalide en vertu de la *L.a.a.* des personnes titulaires d'une rente d'invalidité de la Régie des rentes? D'une façon générale, nous répondons oui aux deux questions. Il y a toutefois quelques nuances à apporter. Mis à part quelques termes sans importance, le libellé de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* est *identique* à celui de l'article 60 de la *L.a.a.* Toute la jurisprudence rendue sous l'article 95 de la *L.R.R.Q.* peut donc être importée sans problème en assurance automobile. Une personne déclarée invalide par la Régie des rentes peut aussi l'être en vertu de l'article 60 de la *L.a.a.* On peut même aller plus loin et substituer le verbe *pouvoir* par le verbe *devoir*. En effet, comme le libellé est identique, pour une saine administration de la justice, le législateur ayant dit la même chose, ces deux dispositions devraient être appliquées et interprétées de la même manière. Si une personne a été déclarée invalide par la Régie des rentes, il s'agit selon nous d'une *présomption irréfragable* face à la S.A.A.Q. dans l'application de l'article 60 de la *L.a.a.* À l'inverse, à moins d'une détérioration de son état de santé, une personne n'ayant pas eu gain de cause auprès de la Régie des rentes ne devrait pas être reconnue invalide par la S.A.A.Q.

---

157. S.B. c. *Société de l'assurance automobile du Québec*, [2002] T.A.Q. 679 au para. 15.

158. S.B. c. *Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] T.A.Q. 40 au para. 26.

159. H.L. c. *Société de l'assurance automobile du Québec*, [2004] T.A.Q. 31 aux para. 9-14 (la citation se retrouve au para. 10).

La situation est toutefois différente en ce qui concerne les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* On peut aussi présumer qu'une personne invalide selon la Régie des rentes l'est également pour la S.A.A.Q. Il s'agit toutefois à notre avis d'une présomption réfragable. On se rappelle que les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* mentionnent comme critère le fait d'être incapable d'exercer *tout emploi*. L'article 95 de la *L.R.R.Q.* (et 60 de la *L.a.a.*) mentionne plutôt une *occupation véritablement rémunératrice*. Une personne qui occupe un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur pourra recevoir une rente d'invalidité de la Régie des rentes. Elle n'est toutefois pas invalide selon les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* Le critère est plus rigoureux. L'article 95 de la *L.R.R.Q.* exige toutefois aussi le critère de la permanence. Si une personne est régulièrement incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice et si la permanence de l'invalidité «physique» est aussi reconnue, il y a peu de chances qu'elle puisse exercer un travail à temps partiel. Il y a énormément de possibilités qu'elle soit régulièrement incapable d'exercer tout emploi et qu'elle soit invalide selon les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* On a aussi vu que même si le critère de la permanence n'est pas *explicitement* exigé aux articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.*, il l'est de façon *implicite*. Mis à part cette petite nuance, on peut donc présumer qu'une personne invalide selon la Régie des rentes l'est aussi pour les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* Il s'agit toutefois d'une présomption simple. À l'inverse, comme le critère de la Régie des rentes est d'une façon générale moins rigoureux, si une personne n'est pas déclarée invalide par la Régie, rien ne nous paraît justifier qu'elle le soit dans le cadre des articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.*

Il y a donc effectivement plusieurs liens de parenté entre les définitions d'invalidité contenues dans la *L.R.R.Q.* et dans la *L.a.a.* Avec les directives et les nuances que nous avons proposées, on peut sans problème faire des interactions entre les deux régimes. Une déclaration d'invalidité dans l'un d'eux entraînera vraisemblablement une solution identique dans l'autre. La jurisprudence rendue dans un régime peut aussi s'appliquer et être citée dans l'autre. C'est donc dire que dans l'interprétation des articles 44, 60, 80 et 83 de la *L.a.a.*, la S.A.A.Q. et les décideurs administratifs ne devraient pas seulement s'en tenir aux dossiers médicaux des individus. Ils devraient également tenir compte de leur témoignage et de leur historique de travail. Ils devraient aussi à notre avis considérer leurs possibilités réelles de se trouver un emploi en fonction de leur scolarité, de leurs connaissances et de leurs aptitudes.

Des décisions rendues en matière d'assurance automobile ont également référé de près ou de loin au régime des accidents du travail<sup>160</sup>. Il s'agit toutefois de victimes rendues incapables en raison du travail. D'une façon générale, si la C.S.S.T. a octroyé «une pension à vie» à un individu, il est invalide selon l'article 44 de la *L.a.a.* Il le sera aussi vraisemblablement pour les articles 60, 80 et 83. Aucune décision rendue en matière d'assurance automobile n'a référé à l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* Ce texte et ceux contenus dans la *L.a.a.* devraient logiquement être interprétés de la même manière. Une personne déclarée invalide par la C.S.S.T. en vertu de l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* devrait aussi l'être par la S.A.A.Q. d'après l'article 60 de la *L.a.a.* Le texte est en effet identique. Pour ce qui est des articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.*, ces affirmations s'appliquent aussi, sous réserve des nuances que nous avons faites dans le traitement précédant sur la Régie des rentes.

Des décisions en matière d'assurance automobile ont aussi fait des renvois à l'aide sociale. On aurait pu penser qu'une personne qui reçoit une allocation pour «contraintes sévères» à l'emploi de l'aide sociale répond aux critères des articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* Il existe toutefois une décision qui a décidé le contraire. Elle est intéressante car elle réfère également à l'article 95 de la *L.R.R.Q.* et donc indirectement à l'article 60 de la *L.a.a.* Nous avons déjà rapporté une partie de l'extrait qui suit dans la section qui porte sur l'aide sociale. Il est toutefois pertinent d'en citer un plus large ici :

Le fait que le requérant ait été, à partir de 1994, admis au programme «Soutien financier» à titre de prestataire de sécurité du revenu n'emporte pas, à lui seul, la reconnaissance d'une «incapacité d'exercer tout emploi» au sens de l'article 44 précité.

Il y a lieu, à ce titre, de bien distinguer l'effet d'une admissibilité à ce programme de celui donné par ce Tribunal à une déclaration d'invalidité par la Régie des rentes du Québec. [...]

L'admissibilité à un tel programme témoigne certes de l'existence de «contraintes sévères à l'emploi»; par contre, elle s'appuie sur des critères significativement plus larges et plus permissifs que ceux

---

160. *Assurance automobile - 15*, [1996] C.A.S. 270 à la p. 270. Voir aussi *H.L. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2004] T.A.Q. 31 aux para. 9, 14.

retenus par la Régie des rentes du Québec en matière d'admissibilité d'une personne de moins de soixante ans à une rente d'invalidité.

Il apparaît partant plus hasardeux, dans le contexte de l'article 44, de donner à une admission en «soutien financier», préalable à un accident d'automobile, une valeur probante équivalente à une reconnaissance d'invalidité.<sup>161</sup>

Il s'agissait ici d'un cas particulier. La personne s'était qualifiée à l'allocation pour contraintes sévères à l'emploi en vertu de problèmes psychiatriques. Le fait qu'elle accomplissait des activités bénévolement a aussi pesé dans la balance. Elle a ainsi démontré qu'elle était apte à exercer un emploi, fut-il très léger. La situation pourrait être différente pour l'article 60 de la *L.a.a.* Ce dernier permet d'occuper un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur. Nous avons toutefois déjà fait état qu'il est clair en jurisprudence que le critère d'invalidité de l'aide sociale est également moins rigoureux que celui de l'article 95 de la *L.R.R.Q.* et de l'article 60 de la *L.a.a.* Comme le critère des articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* est *plus restrictif* que celui retenu en matière de rentes et à l'article 60 de la *L.a.a.*, il semblerait donc que le critère pour se qualifier à une prestation pour contraintes sévères à l'emploi soit moins rigoureux que tous ceux applicables à la S.A.A.Q.

Nous avons toutefois conclu après une analyse jurisprudentielle que la définition de l'invalidité utilisée par l'aide sociale n'est pas moins rigoureuse que celle contenue à la *L.R.R.Q.* Elles sont même assez identiques. Dans les deux cas, il est possible pour la personne invalide d'occuper un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur. Les articles 95 de la *L.R.R.Q.* et 25 de la *L.S.R.F.E.S.S.* exigent aussi expressément les critères de «gravité» et de «permanence». De même, n'oublions pas que la gravité de l'atteinte est plus difficile à prouver en matière d'aide sociale. Avec sensiblement les mêmes nuances qu'en matière de rentes, on peut donc conclure qu'une personne qui a été reconnue invalide par l'aide sociale devrait aussi l'être par la S.A.A.Q. dans le cadre des articles 44, 60, 80 et 83. On peut ainsi référer à la jurisprudence rendue sur les contraintes sévères à l'emploi en matière d'assurance automobile.

---

161. *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2002] T.A.Q. 679 au para. 15 (références omises), conf. par *S.B. c. Société de l'assurance automobile du Québec*, [2003] T.A.Q. 40.

Les nuances concernent toujours la différence de rédaction entre l'article 60 et les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.*

Nous pouvons donc affirmer que d'une façon générale, si une victime a été déclarée invalide par un autre régime public d'assurance ou de sécurité sociale, elle devrait aussi l'être en vertu de la *L.a.a.* dans le cadre des articles 44, 60, 80 et 83. Il ne faut toutefois pas oublier les différences de rédaction entre l'article 60 et les articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.*

## Conclusion

Que faut-il conclure de ce survol de la notion de l'invalidité dans divers régimes publics d'assurance et de sécurité sociale québécois? *D'une façon générale*, il existe peu de divergences. La plupart des définitions de l'invalidité empruntent la même forme. On exige principalement la rencontre de deux critères. Le premier est la gravité de l'invalidité ou de l'atteinte. Sera considérée grave pour la majorité des régimes une invalidité qui empêche de travailler. La plupart du temps, il ne s'agit pas d'une incapacité à exercer *son emploi* mais bien *tout emploi*. Le deuxième critère est celui de la durée. Pour être reconnu invalide, il faudra le plus souvent que l'atteinte ou l'invalidité soit *permanente*. Certains régimes viennent à l'occasion compléter ce canevas de base en ajoutant un autre critère. En raison de ces ressemblances, il est justifié que les décideurs d'un régime fassent des renvois ou s'inspirent de la jurisprudence rendue dans un autre régime dans l'application des définitions de l'invalidité contenues dans le leur. Il existe tout de même des différences notables entre les divers régimes que nous venons d'étudier. Un tableau synthèse, qui se trouve à la fin de notre étude, les fait ressortir. Il existe à notre avis trois différences importantes.

La première est le critère de *gravité* des articles 44, 80 et 83 de la *L.a.a.* On a vu qu'il est plus exigeant. Un individu doit être incapable d'exercer le moindre emploi pour être considéré invalide. Dans le cadre des autres dispositions, une personne peut exercer un emploi à temps partiel ou peu rémunérateur et être tout de même déclarée invalide. Devrait-on assouplir cette exigence? Peut-être aux articles 80 et 83. Il en va autrement à l'article 44. À cet article, une déclaration d'invalidité *empêche une personne d'être indemnisée*. C'est l'inverse dans toutes les autres dispositions analysées dans cette étude. Il est donc justifié que le critère de l'article 44 soit plus exigeant. Malgré nos conclusions, il faut être prudent avant de déclarer une personne invalide sous



l'article 44 en se basant uniquement sur une décision rendue en vertu d'un autre régime. Malgré tout, les définitions de l'invalidité examinées dans cette étude sont assez exigeantes. Il est donc plus ou moins risqué de déclarer une personne invalide en vertu de l'article 44 de la *L.a.a.* en se basant sur une déclaration d'invalidité prononcée par un autre régime.

Les deux autres différences se situent au niveau de la Régie des rentes. Cette dernière est moins exigeante à l'endroit des personnes invalides de plus de 60 ans (régime de rentes) et des enfants (supplément pour enfant handicapé). Pour les plus de 60 ans, le critère de la gravité est adouci. On exige uniquement l'incapacité à exercer son emploi. Dans le cas des enfants, les deux critères sont moins exigeants, principalement celui de la durée qui est ramené à seulement un an. Cela pourrait causer problème si la situation de telles personnes donnait ouverture à l'application de la *L.a.a.* ou de la *L.a.t.m.p.* La possibilité est moins inquiétante pour l'aide sociale. Un enfant ne peut réclamer les avantages de la *L.S.R.F.E.S.S.* Il est aussi excessivement rare qu'un titulaire d'une rente d'invalidité puisse le faire. Mais peu importe les avantages consentis par la Régie des rentes, un enfant ou un conjoint «invalide» recevra une indemnité de décès plus généreuse de la part de la C.S.S.T. et de la S.A.A.Q. De même, un adulte «invalide» pourra donner droit à des frais de garde sous la *L.a.a.* Il existe des ressemblances entre les définitions utilisées par la Régie des rentes et celles prévues à l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* et aux articles 60, 80 et 83 de la *L.a.a.* Il est toutefois plus probable que ces personnes ne soient pas reconnues invalides par la C.S.S.T. et la S.A.A.Q. Les définitions demeurent plus rigoureuses.

Cette situation pourrait susciter un mécontentement dans la population. Cette dernière ne comprendra pas qu'un enfant admissible au supplément pour enfant handicapé puisse ne pas être invalide au sens des articles 93 de la *L.a.t.m.p.* et 60 de la *L.a.a.* La situation est la même pour une personne de plus de 60 ans titulaire d'une rente d'invalidité. Comment lui expliquer qu'elle est invalide selon la Régie des rentes mais que l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* et les articles 60, 80 et 83 de la *L.a.a.* refusent de le reconnaître. Il serait à notre avis opportun d'uniformiser ces différentes dispositions législatives, en adoucissant les critères employés à l'article 93 de la *L.a.t.m.p.* et aux articles 60, 80 et 83 de la *L.a.a.* Pour les raisons évoquées au paragraphe précédent, il ne faut toutefois pas modifier l'article 44 de la *L.a.a.* Ce dernier doit demeurer le plus rigoureux possible.

Dans le premier paragraphe de cette étude, nous avons fait état que personne ne s'était intéressé jusqu'à maintenant à l'interaction entre les différentes définitions de l'invalidité contenues dans les régimes publics d'assurance et dans les régimes de sécurité sociale. Cette réalité ne touche pas seulement les définitions de l'invalidité. Ces différents régimes fonctionnent aussi pour la plupart en vase clos et il y a très peu d'interaction entre eux. Comme nous l'avons vu, ils ont tous été créés à des époques différentes pour régler des problèmes alors criants. Il existe également d'autres régimes et d'autres sources d'indemnisation dont nous n'avons pas traités. Selon les professeurs F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, ce fractionnement des programmes et la multitude des sources d'indemnisation possibles créent présentement des iniquités<sup>162</sup>. Les auteurs mentionnent toutefois qu'une différence de traitement ne signifie pas nécessairement qu'il y a iniquité. Il est normal et justifié que les régimes qui se rapprochent davantage de l'assurance que de la solidarité sociale soient plus généreux. Il serait toutefois peut-être temps d'arrêter d'adopter des solutions sectorielles en matière d'indemnisation et d'agir de façon plus globale. Ce qui a déjà été bon ne l'est peut-être plus aujourd'hui. Nous espérons que notre contribution aux rapprochements de ces régimes pourra aider à faire évoluer la situation dans cette voie.

---

162. F. Blais, D. Gardner et A. Lareau, *supra* note 4. Pour les «grandes lignes» de ce rapport, voir : François Blais, Daniel Gardner et André Lareau, «Services offerts aux personnes handicapées – «Le système actuel génère des iniquités»», *Le Soleil* (13 juin 2005) A-19.

### Tableau synthèse

Régimes	Critère de la «gravité»	Critère de la «durée»	Autre critère
Régie des rentes : (- de 60 ans)	Être régulièrement incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice	Prolongée, c'est-à-dire devant vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment	Nil
Régie des rentes : (+ de 60 ans)	Être régulièrement incapable d'exercer l'occupation habituelle rémunérée qu'elle détient au moment où elle cesse de travailler en raison de son invalidité	Prolongée, c'est-à-dire devant vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment	Nil
Accident du travail	Être régulièrement incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice	Prolongée, c'est-à-dire devant vraisemblablement entraîner le décès ou durer indéfiniment	Nil
Aide sociale (contraintes sévères)	Son état physique ou mental est, de façon significative, déficient ou altéré	Pour une durée vraisemblablement permanente ou indéfinie	Et que, pour cette raison et compte tenu de ses caractéristiques socioprofessionnelles, il présente des contraintes sévères à l'emploi
Supplément pour enfant handicapé (anciens règlements - synthèse)	Atteinte significative ou grave; l'enfant devait être limité de façon importante dans ses activités	Permanence	Mise en place de mesures spécialisées
Supplément pour enfant handicapé (nouveau règlement)	Être limité de façon importante dans les activités de la vie quotidienne	Une période prévisible d'au moins un an	Nil
Assurance automobile : art. 44, 80 et 83	Être régulièrement incapable d'exercer tout emploi	Permanence (de façon implicite)	Nil
Assurance automobile : art. 60	Être régulièrement incapable d'exercer une occupation véritablement rémunératrice	Prolongée, c'est-à-dire devant vraisemblablement entraîner la mort ou durer indéfiniment	Nil

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA PROTECTION DE L'INFORMATION GÉNÉTIQUE DANS LE  
DOMAINE MÉDICAL AU QUÉBEC : PRINCIPE GÉNÉRAL DE  
CONFIDENTIALITÉ ET QUESTIONS SOULEVÉES PAR LES  
DISPOSITIONS D'EXCEPTION

**Auteur(s) :** Emmanuelle LÉVESQUE  
Bartha M. KNOPPERS  
Denise AVARD

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 101-131

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11876>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11876>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**LA PROTECTION DE L'INFORMATION GÉNÉTIQUE  
DANS LE DOMAINE MÉDICAL AU QUÉBEC :  
PRINCIPE GÉNÉRAL DE CONFIDENTIALITÉ  
ET QUESTIONS SOULEVÉES  
PAR LES DISPOSITIONS D'EXCEPTION\***

par Emmanuelle LÉVESQUE\*\*

Bartha M. KNOPPERS\*\*\*

Denise AVARD\*\*\*\*

*La prestation de soins de santé mène parfois à la cueillette et la conservation d'informations génétiques sur les patients. Ces informations sont souvent perçues comme des informations intimes et personnelles dont la confidentialité devrait être assurée. Au Québec, aucun cadre législatif distinct ne protège spécifiquement ce type d'informations. Cet article porte sur la protection offerte par la législation québécoise aux informations génétiques utilisées dans le milieu de la santé. Trouvent-elles tout de même leur place dans les dispositions sur la confidentialité et la vie privée? Quelles questions particulières se posent face à la protection de ce type d'information?*

*L'étude analyse tour à tour les règles qui régissent les établissements de santé, les professionnels de la santé et les entreprises privées. En dernier lieu, quelques mesures de mise en œuvre du régime de protection de la santé publique sont discutées.*

---

\*. Cet article a été rendu possible grâce au financement des Instituts de recherche en santé du Canada (projet Écogène), de Génome Québec et de Génome Canada. Les auteurs remercient Me Yann Joly, Me Mireille Lacroix et Mme Clémentine Sallée pour leurs précieux commentaires.

\*\*. LL.M., avocate et agente de recherche au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

\*\*\*. Titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit et médecine et professeure titulaire à l'Université de Montréal.

\*\*\*\*. Directrice de la recherche du projet Génétique et Société et chercheuse au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal.

*On occasion, the provision of health care services involves collecting and storing patients' genetic information which is generally considered personal, requiring that confidentiality be ensured. There is no specific legislative framework in Quebec for the protection of genetic information. This article considers certain general protections under Quebec legislation which could apply to genetic information obtained in the course of providing health care. Can one consider genetic information to fall under the provisions governing confidentiality and privacy? What specific issues arise regarding the protection of this type of information?*

*The paper analyses the rules governing health care establishments, health care professionals as well as private enterprise. It concludes with a discussion of certain public health measures as they relate to the protection of genetic information.*

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	105
<b>A. Les établissements de santé</b>	111
i) L'accès au dossier d'usager par les héritiers	113
ii) L'accès au dossier pour vérifier l'existence d'une maladie génétique	114
<b>B. Les professionnels de la santé</b>	116
i) La divulgation du médecin pour une raison impérative et juste	117
ii) L'obligation de signaler un enfant en danger	120
iii) La divulgation d'une inaptitude à conduire	122
<b>C. Les entreprises privées oeuvrant en santé</b>	123
<b>D. Le régime de protection de la santé publique</b>	127
<b>Conclusion</b>	130



*La protection de l'information génétique dans le domaine médical  
au Québec : principe général de confidentialité (2005-06) 36 R.D.U.S.  
et questions soulevées par les dispositions d'exception*

## Introduction

La prestation de soins de santé se fait de plus en plus en recourant aux découvertes issues de la génétique humaine. Poser un diagnostic à partir d'un test d'ADN, identifier les personnes prédisposées à un cancer héréditaire à partir de leur patrimoine génétique ou mettre en place des programmes de dépistage génétique à grande échelle en sont des exemples. Évidemment, utiliser cette technologie entraîne la cueillette et la conservation d'informations génétiques sur les patients. Or, ces informations sont souvent perçues comme des informations très intimes et personnelles qui méritent d'être protégées<sup>1</sup>. Au Québec, aucun cadre législatif distinct ne protège spécifiquement les informations génétiques, même dans le secteur de la santé. Face à cela, nous avons voulu savoir comment la législation québécoise traite les informations génétiques utilisées par le milieu de la santé. Trouvent-elles leur place dans les dispositions sur la confidentialité et la vie privée? Quelles questions particulières se posent face à la protection de ce type d'information?

Dans le secteur de la santé, les informations génétiques sont habituellement utilisées afin d'établir le risque de développer une maladie génétique. Dans la plupart des cas, il est question d'une probabilité de développer une maladie multifactorielle, c'est-à-dire une maladie causée à la fois par des facteurs génétiques et des facteurs environnementaux (par ex. l'alimentation, la pollution, l'activité physique, etc.)<sup>2</sup>. C'est notamment le cas pour de nombreux cancers, comme le cancer du sein<sup>3</sup>. Dans de rares cas, on peut prédire avec certitude le développement de la maladie (maladie monogénique), mais les facteurs environnementaux influenceront aussi son évolution. Les informations génétiques sont obtenues de multiples façons : une analyse d'ADN produite en laboratoire, la présence marquée d'une même maladie chez une famille,

- 
1. Voir notamment Patricia Kosseim, Martin Letendre, Bartha Maria Knoppers, «La protection de l'information génétique : une comparaison des approches normatives» (2004) 2 (1) *GenEdit*, en ligne: HumGen <[www.humgen.umontreal.ca/int/GE/Fr/2004-1.pdf](http://www.humgen.umontreal.ca/int/GE/Fr/2004-1.pdf)>.
  2. Louise S. Acheson et Gorgia L. Wiesner, «Current and Future Applications of Genetics in Primary Care Medicine» (2004) 31(3) *Primary Care; Clinics in Office Practice* 449; Organisation mondiale de la Santé – Comité consultatif de la Recherche en Santé, *Rapport du Comité consultatif de la Recherche en Santé sur la génomique et la santé dans le monde*, Genève, 1 avril, 2002 aux pp. 43-58.
  3. Mary-Claire King, Joan H. Marks et Jessica B. Mandell, «Breast and Ovarian Cancer Risks Due to Inherited Mutations in BRCA1 and BRCA2» (2003) 302 *Science* 643.

l'examen de certaines protéines produites par le corps, la constatation visuelle des traits physiques, etc. La *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* définit d'ailleurs les informations génétiques comme étant les «informations relatives aux caractéristiques héréditaires des individus, obtenues par l'analyse d'acides nucléiques ou par d'autres analyses scientifiques»<sup>4</sup>. Par contre, le produit corporel (sang, cheveu, peau, etc.) duquel les informations génétiques sont extraites n'est pas compris dans cette définition. La *Déclaration* opère une distinction, que nous ferons aussi, en réservant à ces produits corporels l'expression «Échantillon biologique»<sup>5</sup>.

Souvent, les informations génétiques éveillent spontanément la vigilance en regard de la confidentialité et de la vie privée. Puisqu'elles renseignent sur la santé, elles donnent naturellement naissance à des préoccupations sur ces points. Par ailleurs, les possibilités d'utilisation non médicale des données génétiques font penser qu'elles pourraient être largement convoitées. Par exemple, elles peuvent servir à l'identification des personnes, ce qui les rend pertinentes lors d'accusations criminelles, de recherche de paternité, de procédures d'immigration, etc. Les informations génétiques renseignent parfois sur l'état de santé futur; un élément qui pourrait influencer notamment l'embauche d'un travailleur ou l'établissement d'une prime d'assurance-vie. Il est facile de voir que l'utilisation des données génétiques en dehors du contexte médical pourrait mettre en jeu la vie privée des citoyens et leurs attentes en matière de confidentialité.

La jurisprudence de la Cour suprême, bien que développée dans un contexte pénal, démontre aussi que la vie privée et la confidentialité sont concernées lorsqu'on extrait des informations à partir d'échantillons biologiques. Puisqu'on peut en tirer des informations extrêmement personnelles sur un individu, «l'utilisation du corps d'une personne, sans son consentement, en vue d'obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée»<sup>6</sup>. De la même manière, le droit à la vie privée serait «clairement mis en cause par le prélèvement d'échantillons de substances corporelles dans le cadre de l'exécution d'un mandat ADN»<sup>7</sup>. Au même titre que toutes les données

---

4. Comité International de Bioéthique de l'UNESCO, Paris, 2003, art. 2 (i).

5. *Ibid.*, art. 2 (iv).

6. *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417 à la p. 431.

7. *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678 au para. 48.

médicales, les données génétiques portent sur des éléments intimes d'une personne et on s'attend à ce qu'elles ne soient pas divulguées à n'importe qui. D'ailleurs, il existerait une expectative légitime de confidentialité sur les produits recueillis lors d'un prélèvement à des fins médicales<sup>8</sup>. Même si la jurisprudence utilisée dans ce paragraphe a été élaborée dans un contexte pénal, nous l'estimons pertinente dans la mesure où elle établit un lien entre l'utilisation d'informations tirées du corps d'une personne et les droits de celle-ci à la vie privée et à la confidentialité. Ainsi, les données sensibles que sont les informations génétiques appartiennent donc au domaine de la vie privée<sup>9</sup>. De plus, puisque des informations privées peuvent être tirées à partir d'échantillons corporels (sang, cheveu, salive, etc.), cela donne aussi naissance à des attentes en matière de vie privée et de confidentialité à l'égard même des échantillons biologiques. Cela s'infère des références faites au sujet du corps humain dans les décisions ci-haut mentionnées, telles «utilisation du corps» et «échantillons de substances corporelles». Ainsi, autant les *informations* génétiques que leur support, c'est-à-dire les *échantillons* biologiques, interpellent la vie privée et la confidentialité.

Mais cela ne veut pas dire que les informations et les échantillons sont concernés de la même façon par les dispositions légales sur la vie privée et la confidentialité. En effet, les dispositions québécoises, qui donnent forme aux droits à la vie privée et à la confidentialité, utilisent parfois une formulation restrictive qui n'inclut pas *a priori* la protection des *échantillons*. Ces dispositions se divisent facilement en deux groupes : 1<sup>o</sup> celles qui utilisent une formulation large et 2<sup>o</sup> celles qui recourent à une formulation restrictive, se limitant à protéger certaines formes d'information.

Le premier groupe de dispositions établit, d'une manière générale et globale, le droit à la vie privée et le droit à la confidentialité. Il s'agit notamment des dispositions contenues dans la *Charte des droits et libertés de la*

---

8. R. c. Dymnt, *supra* note 6 à la p. 434.

9. Voir aussi, au sujet du caractère privé des données génétiques : Diane L. Demers, «L'information génétique aux confins de la médecine et de la personne» dans *Vie privée sous surveillance : la protection des renseignements personnels en droit québécois et comparé*, sous la direction de René Côté et René Laperrière, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1994 à la p. 19 [Demers].

personne<sup>10</sup> et dans le *Code civil du Québec*<sup>11</sup>. Ces lois établissent que chacun a droit au respect «de sa vie privée»<sup>12</sup> et a «droit au respect du secret professionnel»<sup>13</sup>. La formulation large ne semble pas limiter les types d'information (médicale, génétique, etc.) ni le support de l'information (oral, écrit, échantillon corporel, etc.) pouvant être concernés par la loi. Comme nous l'avons vu plus haut, tant les informations génétiques que les échantillons corporels peuvent mettre en jeu les droits à la vie privée et à la confidentialité. Ainsi, tant les informations génétiques que les échantillons corporels devraient être régis par ces dispositions.

Le deuxième groupe de dispositions comprend celles qui sont restrictives et qui cherchent à préserver la confidentialité de certaines formes spécifiques d'information. On les retrouve dans la *Loi sur les services de santé et services sociaux*<sup>14</sup>, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*<sup>15</sup>, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*<sup>16</sup> et le *Code des professions*<sup>17</sup>. C'est à ces dispositions que nous consacrerons notre analyse parce qu'elles posent de nombreux défis d'interprétation pour le secteur de la santé. Leur champ d'action est établi dans un cadre restreint. En effet, il vise spécifiquement un «dossier d'utilisateur»<sup>18</sup>, un «renseignement personnel»<sup>19</sup>, un «document»<sup>20</sup>, un «renseignement nominatif»<sup>21</sup> ou un «renseignement»<sup>22</sup>. Bien qu'il soit facile de conclure que les informations génétiques (qui sont souvent sur support papier)

---

10. *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [*Charte québécoise*].

11. L.Q. 1991, c. 64 [*C.c.Q.*].

12. *Charte québécoise*, *supra* note 10, art. 5; *C.c.Q.*, art. 3 et 35.

13. *Charte québécoise*, *supra* note 10, art. 9.

14. L.R.Q. c. S-4.2 [*L.S.S.S.S.*].

15. L.R.Q. c. P-39.1.

16. L.R.Q. c. A-2.1 [*Loi sur l'accès (organismes publics)*].

17. L.R.Q. c. C-26.

18. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 19.

19. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 1.

20. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, *supra* note 16, art. 1.

21. *Ibid.*, art 53.

22. *Code des professions*, *supra* note 17, art. 60.4.

puissent être concernées par ce vocabulaire, il n'est pas évident que ce soit aussi le cas pour les *échantillons* biologiques<sup>23</sup>.

Différents arguments sont avancés afin d'expliquer si ces dispositions restrictives devraient s'appliquer aux échantillons biologiques.

Certains s'appuient sur la capacité des échantillons biologiques d'identifier une personne, donc d'être le type de renseignement que chercheraient à protéger les dispositions restrictives, pour conclure qu'ils y sont soumis<sup>24</sup>. Pour d'autres, l'absence de cadre juridique protégeant des données aussi sensibles que celles contenues dans les tissus et substances corporelles motiverait une même position<sup>25</sup>. Le Conseil de la santé et du bien-être a recommandé en 2003 une modification législative afin d'énoncer clairement que les dispositions sur les renseignements personnels et les renseignements nominatifs sont applicables au matériel génétique vu qu'il serait «une source inépuisable d'information personnelle»<sup>26</sup>. Cette proposition a été aussi défendue par la Commission d'accès à l'information<sup>27</sup>. La Commission de l'éthique de la science et de la technologie a proposé en 2003 d'élargir l'application de ces dispositions au matériel biologique afin de gérer les banques d'ADN<sup>28</sup>.

---

23. Par exemple, l'énumération du contenu du «dossier médical» que doit constituer le médecin sur chacun de ses patients vise uniquement des informations (rapport d'anatomo-pathologie, compte-rendu d'examens, diagnostic, etc.) et non pas les échantillons biologiques prélevés. Voir à cet effet le *Règlement sur la tenue des dossiers, des cabinets ou bureaux des médecins ainsi que des autres effets*, (2005) 137 G.O. II, 895, art. 6.

24. Robert P. Kouri et Suzanne Philips-Nootens, «La protection de la personne dans la recherche médicale : l'approche du droit civil au Québec» dans *Droit contemporain : rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Bristol, R.-U., 1998, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999 à la p. 186.

25. Poupak Bahamin, «La génétique et la protection de la vie privée : confrontation de la législation québécoise au concept du droit à la vie privée» (1995) 55 R. du B. 203 à la p. 243 [Bahamin].

26. Conseil de la santé et du bien-être, *L'information génétique et l'accès à l'information des chercheurs : Il est urgent de protéger la population* (mémoire) Québec, CSBE, 2003 à la p. 23.

27. Commission d'accès à l'information, *Une réforme de l'accès à l'information : le choix de la transparence* (rapport quinquennal), CAI, 2002 à la p. 129.

28. Commission de l'éthique de la science et de la technologie, *Les enjeux éthiques des banques d'information génétique : pour un encadrement démocratique responsable* (avis) Québec, CEST, 2003 à la p. 39.

Pour certains, les échantillons corporels ne constitueraient pas une «information» susceptible d'être protégée, dans la mesure où son contenu n'a pas encore été analysé et vulgarisé<sup>29</sup>. Avant que l'échantillon biologique ne soit analysé, l'ADN n'aurait peut-être pas encore été décodé de façon à constituer un dossier, un renseignement ou un document. Toutefois, la loi ne limite pas toujours la forme du support de l'information protégée. L'information peut notamment être conservée sous forme écrite, graphique, sonore, visuelle ou informatisée<sup>30</sup>. Vis-à-vis certains supports, on constate qu'un intermédiaire technologique est nécessaire afin de lire l'information protégée. C'est le cas d'une vidéocassette, qui requiert d'être lue par un magnétoscope. Cette situation partagerait des similarités avec les échantillons biologiques : il faut recourir à un intermédiaire technologique pour décoder les informations intimes et personnelles y contenues. Il a d'ailleurs été décidé par la Commission d'accès à l'information que des coupes microscopiques de tissus (lames histologiques) d'une personne décédée constituaient un renseignement nominatif<sup>31</sup>. Un échantillon de tissus d'une personne décédée a aussi été considéré par la Cour supérieure comme pouvant être obtenu par la procédure de communication des renseignements contenus dans un «dossier d'utilisateur»<sup>32</sup>.

Il faut aussi considérer les difficultés de mise en oeuvre des dispositions restrictives qui surgiraient de leur application aux échantillons biologiques. La mise en oeuvre pourrait se révéler impraticable et inappropriée dans plusieurs cas, avec des conséquences qui dépassent le secteur de la santé. Étant donné que presque tout ce qui compose le corps humain est susceptible de révéler des informations génétiques, il n'y aurait donc pas de raison de limiter l'application des lois aux échantillons prélevés à des fins médicales. Les coiffeurs (cheveux), les manucures (ongles), les esthéticiens (cellules dermiques), les dentistes (salive et sang) et les médecins (peau, membres) se retrouveraient-ils avec des obligations hors du commun vis-à-vis tout ce matériel biologique? Les obligations de conservation, de traitement et de destruction applicables aux dossiers, documents et renseignements ne sont pas adaptées aux produits du

---

29. Demers, *supra* note 9 à la p. 4.

30. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 1, al. 2; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, *supra* note 16, art. 1, al. 2.

31. *Bouchard c. Ministère de la Sécurité publique du Québec*, [1989] C.A.I. 416 à la p. 419 (C.A.I.).

32. *L. c. S.*, [1999] R.J.Q. 2927 aux pp. 2927, 2931 (C.S.).

corps humain. Sans compter que des règles encadrent déjà les déchets biomédicaux<sup>33</sup>. Devant ces difficultés de mise en oeuvre, il est difficile de penser que le législateur entendait couvrir aussi les échantillons biologiques en établissant des régimes de protection pour les dossiers, les renseignements et les documents.

En fait, une analyse à large échelle serait nécessaire afin de bien cerner tous les enjeux de l'extension des lois actuelles aux échantillons biologiques et d'en évaluer l'impact sur plusieurs secteurs d'activité. Nous réservons donc notre opinion quant à déterminer si les dispositions restrictives touchant les dossiers, renseignements et documents sont applicables telles quelles aux *échantillons* biologiques. En conséquence, dans cet article, nous mènerons notre analyse dans l'optique que ces dispositions concernent, à tout le moins, les *informations* génétiques.

Comme nous l'avons annoncé, nous analyserons les dispositions restrictives qui s'imposent au secteur de la santé. Nous avons divisé notre étude en quatre volets. Nous regarderons d'abord les règles qui régissent les établissements de santé, ensuite celles qui visent les professionnels de la santé et, enfin, celles que les entreprises privées doivent respecter. Nous terminerons en examinant les règles spécifiques applicables lorsqu'il est question de mettre en oeuvre le régime de protection de la santé publique.

#### **A. Les établissements de santé**

Les établissements de santé détiennent des informations sur la santé de leurs usagers, ce qui implique parfois des informations génétiques<sup>34</sup>. Par

---

33. *Règlement sur les déchets biomédicaux*, (1992) 124 G.O. II, 3312.

34. Un établissement de santé ne peut se livrer à une collecte de renseignements nominatifs non «nécessaire à l'exercice des attributions de cet organisme ou à la mise en oeuvre d'un programme dont il a la gestion» (*Loi sur l'accès (organismes publics)*, *supra* note 16, art. 64), «La mission d'un centre hospitalier est d'offrir des services diagnostiques et des soins médicaux généraux et spécialisés» (*L.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 81) et «la mission d'un centre local de services communautaires est d'offrir en première ligne des services de santé et des services sociaux courants» (*Ibid.*, art. 80). Ces établissements ne devraient donc pas recueillir de l'information génétique non nécessaire à mettre en oeuvre leur mandat de soigner. Par exemple, recueillir des données ayant comme seule utilité d'établir une empreinte génétique à des fins d'identification criminelle ou de filiation alors que l'établissement de santé n'est pas investi de ces tâches.



«établissement de santé», on entend notamment un centre hospitalier, un centre local de services communautaires ou un centre d'hébergement et de soins de longue durée<sup>35</sup>. Puisque les établissements de santé sont des organismes publics<sup>36</sup>, ils sont soumis aux règles de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*<sup>37</sup>. Cette loi rend confidentiels tous les renseignements qui sont «nominatifs» et interdit leur communication à des tiers sans autorisation<sup>38</sup>. Les informations qui concernent une personne et qui permettent de l'identifier sont de tels renseignements nominatifs<sup>39</sup>. Ainsi, le nom d'une personne devient un renseignement nominatif s'il est joint à un autre renseignement la concernant, ou si la seule mention du nom révèle un renseignement nominatif<sup>40</sup>. Les traits psychologiques et l'état de santé des personnes<sup>41</sup>, comme un rapport de médecin sur l'état de santé<sup>42</sup>, ont déjà été reconnus comme étant des renseignements nominatifs. Étant donné les similarités entre les informations génétiques et celles se rapportant à la santé, il faut conclure que les données génétiques sont elles aussi des renseignements nominatifs<sup>43</sup>. Les établissements de santé sont donc tenus d'assurer la confidentialité des informations génétiques et ne peuvent les communiquer à des tiers sans autorisation.

La *Loi sur les services de santé et services sociaux*<sup>44</sup> impose aussi des obligations de confidentialité aux établissements de santé. Elle établit la confidentialité du dossier de chacun des usagers<sup>45</sup>. Lorsque des informations

---

35. *L.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 79, 94.

36. *Loi sur l'accès (organismes publics)*, *supra* note 16, art. 1, 3, 7.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*, art. 53, 59.

39. *Ibid.*, art. 54.

40. *Ibid.*, art. 56.

41. Catherine Mandeville, «Comment savoir si...? Ou les limites à l'accès aux renseignements de nature médicale» dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Développements récents en responsabilité médicale et hospitalière*, (1999), Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1999, 59 à la p. 64.

42. *Fortin c. C.U.Q.*, [1986] C.A.I. 125 à la p. 128 (C.A.I.).

43. Jean Carol Boucher, «La thérapie génique et ses implications pour le droit» dans *Droits de la personne: «les bio-droits», Aspects nord-américains et européens*, Institut canadien d'études juridiques supérieures, Actes des Journées strasbourgeoises 1996, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997 à la p. 198 [Boucher]; Demers, *supra* note 9 à la p. 13; Bahamin, *supra*, note 25 à la p. 241.

44. *Supra* note 14.

45. *Ibid.*, art. 19.

génétiques sont contenues dans le dossier d'un usager, ces informations doivent, bien entendu, être protégées<sup>46</sup>. Cependant, certaines exceptions permettent à des tiers d'avoir accès au dossier de l'utilisateur sans son consentement. Nous avons retenu pour analyse deux de ces exceptions qui interpellent plus précisément la génétique.

#### **i) L'accès au dossier d'utilisateur par les héritiers**

Les héritiers ou les représentants légaux d'une personne décédée peuvent avoir accès au dossier du défunt «dans la mesure où cette communication est nécessaire à l'exercice de leurs droits» en regard de la succession<sup>47</sup>. Vu la nature souvent familiale des diagnostics génétiques, on peut penser que cette procédure serait utile pour confirmer ou infirmer la filiation biologique d'un héritier dont le titre est contesté. Les héritiers pourraient aussi vouloir savoir si une maladie génétique affectait les facultés mentales du défunt lorsqu'il a rédigé son testament, comme certaines formes de la maladie d'Alzheimer<sup>48</sup>. Mais il ne serait pas suffisant d'invoquer que ces vérifications au dossier du défunt sont *utiles* ou *pratiques*. Le critère est plus exigeant que l'utilité : «la communication doit non seulement être utile mais nécessaire à l'exercice des droits»<sup>49</sup>. Ce critère de la nécessité pose des balises quant au type de renseignement transmis. En effet, seuls les renseignements directement liés à l'exercice des droits en cause pourront être divulgués<sup>50</sup>. Ainsi, s'il s'agissait de vérifier une filiation, les diagnostics génétiques peu révélateurs à cet égard (par ex. des prédispositions génétiques très répandues dans la population) ne devraient pas être divulgués. S'il s'agissait de connaître l'état mental du défunt, le diagnostic de maladies génétiques qui n'évoluent pas de façon à affecter les fonctions mentales ne devrait pas non plus être révélé aux héritiers. L'accès au dossier par les héritiers doit donc, en ce qui touche les maladies génétiques, être évalué dans chaque cas selon les circonstances. Les droits successoraux en cause, la valeur probante de l'information génétique et le type d'information qu'on cherche à obtenir seront

---

46. Demers, *supra* note 9 à la p. 14.

47. L.S.S.S.S., *supra* note 14, art. 23, al. 1.

48. Lars Bertram, Rudolph E. TANZI, «The Current Status of Alzheimer's Disease Genetics: What Do We Tell the Patients?» (2004) 50 *Pharmacological Research* 385.

49. L. c. S., *supra* note 32 aux paras. 38, 39.

50. Martin Hébert, *Aspects juridiques du dossier de santé et de services sociaux*, édition sur feuilles mobiles, Rock Forest, Association québécoise des archivistes médicales, 2002 à la p. 199.

tous des facteurs pris en compte afin de voir s'il est nécessaire de fournir l'information demandée par les héritiers. Cet examen sur la nécessité de divulguer l'information apparaît être une protection efficace pour la protection du dossier des personnes décédées.

## **ii) L'accès au dossier pour vérifier l'existence d'une maladie génétique**

Les personnes liées par le sang à un usager décédé peuvent avoir accès aux renseignements du dossier du défunt qui sont nécessaires «pour vérifier l'existence d'une maladie génétique ou d'une maladie à caractère familial»<sup>51</sup>. Parfois, savoir qu'un membre de sa famille décédé souffrait d'une maladie génétique fournit des indices sur son propre risque de développer cette maladie et permet d'adopter des mesures préventives. En effet, il est parfois possible de diminuer le risque de développer une maladie génétique, par exemple, dans le cas du cancer colorectal héréditaire, en prenant certains suppléments alimentaires<sup>52</sup>.

Cette demande d'accès au dossier ne nécessite pas une raison autre que la vérification de «l'existence» de la maladie. Cet accès peut même avoir lieu malgré le refus écrit du défunt, consigné à son dossier<sup>53</sup>. Théoriquement, il pourrait donc s'agir d'une simple curiosité d'un membre de la famille. Rien n'exige que ce soit pour prévenir une maladie. Aucune des décisions recensées n'a imposé ce genre de critère. Le droit du défunt à la confidentialité de son dossier étant la règle<sup>54</sup>, et considérant l'importance que notre société accorde à la confidentialité des informations de santé, on ne devrait pas y permettre des accrocs sans raison. Pourtant, ici, il semble que la loi ouvre la porte au bris de la confidentialité sans qu'il y ait nécessairement une utilité médicale. Cela se produirait, par exemple, si la demande d'un enfant portait sur une maladie génétique de sa défunte mère qu'elle ne pourrait pas lui avoir transmise lors de la conception. Il pourrait s'agir d'une mutation génétique qui, bien qu'ayant

---

51. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 23, al. 3.

52. National Cancer Institute, U.S. National Institutes of Health, «Genetics of Colorectal Cancer», *Prevention*, en ligne : National Cancer Institute <[www.cancer.gov/cancerinfo/pdq/genetics/colorectal](http://www.cancer.gov/cancerinfo/pdq/genetics/colorectal)>.

53. *L.S.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 22, al. 2.

54. *Ibid.*, art. 19 et 23, al. 2 *a contrario*.

causé un cancer à la mère, n'a pas affecté ses cellules reproductrices (ovules)<sup>55</sup>. Dans cette hypothèse, il est difficile de voir quelle serait l'utilité pour l'enfant de connaître la maladie génétique précise qui a affligé sa mère. L'utilité serait aussi minime advenant le cas où la personne qui formule la demande d'accès pourrait, à la place, obtenir des informations plus probantes sur sa santé en subissant elle-même un test génétique<sup>56</sup>.

En ce qui concerne les personnes qui peuvent formuler une demande d'accès, la loi précise seulement qu'elles doivent être liées par le sang avec le défunt<sup>57</sup>. Or, une fille est liée par le sang, autant qu'une cousine ou qu'une arrière-grand-tante. Connaître les maladies génétiques de personnes si éloignées n'est peut-être pas toujours pertinent au plan médical.

Quant à ce que signifie «maladie génétique» et «maladie à caractère familial», la loi est muette. Des maladies mentales, pulmonaires et endocrines<sup>58</sup> ont été jugées admissibles, tout comme la maladie de Huntington<sup>59</sup>. Puisque l'accès au dossier porte sur l'existence d'une «maladie génétique», il doit s'agir d'une maladie où le rôle de la génétique est déterminant et celui des facteurs externes (exercice, alimentation, stress et autres) est mineur. En effet, le rôle de la génétique dans certaines maladies est tout à fait variable – de très important à tout à fait mineur<sup>60</sup>. Conclure autrement dénaturerait l'esprit de la loi. Quant à la «maladie à caractère familial», on comprend qu'il s'agit d'une maladie qui se concentre chez les membres d'une même famille. Mais la cause de cette concentration n'a pas nécessairement à être génétique. Une maladie comme le

---

55. Myriam Harry, *Génétique moléculaire et évolutive*, coll. Sciences fondamentales, Paris, Maloine, 2003 à la p. 151.

56. Toutefois, dans certaines circonstances, cela ne sera pas possible, notamment si le test génétique d'une maladie n'a pas encore été mis au point, est trop onéreux ou est difficilement accessible. Il arrive aussi que la preuve de la présence de la maladie dans la famille soit requise avant de pouvoir subir un examen génétique ou encore que cette donnée soit utile au médecin pour l'établissement d'un diagnostic génétique.

57. L.S.S.S.S., *supra* note 14, art. 23, al. 3.

58. *Rodrigue c. Centre local de services communautaires et Centre d'hébergement et de soins de longue durée de la Municipalité régionale du comté des Etchemins*, [1999] C.A.I. 381 (C.A.I.).

59. *Grignet c. Hôpital St-Charles-Borromée*, [1996] C.A.I. 233 (C.A.I.).

60. Comité consultatif de bioéthique de Belgique, *Avis n°32 du 5 juillet 2004 relatif à la libre disposition des tests génétiques*, Bruxelles, 5 juillet 2004.

trouble bipolaire, plus présente chez les gens ayant un proche atteint, bien qu'on n'ait pas clairement identifié un gène responsable<sup>61</sup>, serait visée.

Enfin, chaque cas est un cas d'espèce qui devrait être évalué au moment de décider s'il y a lieu d'informer une personne liée par le sang des maladies génétiques du défunt. Il reste que la facilité avec laquelle l'accès au dossier du défunt peut avoir lieu est dérangeante dans certaines circonstances.

## **B. Les professionnels de la santé**

Lorsque la prestation des soins est effectuée par des personnes faisant partie d'un ordre professionnel, celles-ci sont alors tenues de préserver le secret professionnel<sup>62</sup>. Cette obligation incombe spécifiquement au médecin<sup>63</sup>, au dentiste<sup>64</sup>, au pharmacien<sup>65</sup>, à l'infirmier<sup>66</sup> et à la sage-femme<sup>67</sup>. Le droit au secret professionnel est d'une importance marquée dans le droit québécois étant donné qu'il fait partie des droits fondamentaux de la Charte québécoise<sup>68</sup>. Le professionnel de la santé a une obligation de secret étendue : celle-ci vise «tout renseignement de nature confidentielle qui vient à sa connaissance»<sup>69</sup>. Cette protection couvre un large éventail de renseignements. D'abord, les informations données par le patient au professionnel lors de la consultation sont protégées<sup>70</sup>.

---

61. Peter McGuffin, Frohling Rijdsdijk, Martin Andrew, Pak Sham, Randy Katz et Alastair Cardno, «The Heritability of Bipolar Affective Disorder and the Genetic Relationship to Unipolar Depression» 60(5) *Archives of General Psychiatry* 497.

62. *Charte québécoise*, *supra* note 10, art. 9; *Code des professions*, *supra* note 17, art. 60.4.

63. *Code de déontologie des médecins*, (2002) 134 G.O. II, 7354, art. 20.

64. *Code de déontologie des dentistes*, R.R.Q. 1981, c. D-3, r. 4, art. 3.06.01.

65. *Code de déontologie des pharmaciens*, R.R.Q. 1981, c. P-10, r. 5, art. 3.06.02.

66. *Code de déontologie des infirmières et des infirmiers*, (2003) 135 G.O. II, 98, art. 31; *Règlement sur les effets, les cabinets de consultation et autres bureaux des membres de l'Ordre des infirmières et infirmiers du Québec*, (1997) 129 G.O. II, 812, art. 6.

67. *Code de déontologie des sages-femmes*, adopté par le regroupement Les sages-femmes du Québec, 4 décembre 1997, art. 27. La profession de sage-femme est aujourd'hui encadrée par un ordre professionnel (*Loi sur sages-femmes*, L.R.Q. c. S-0.1), mais des dispositions transitoires sont encore applicables. En attendant l'adoption d'un code de déontologie, la loi impose de façon transitoire le code de déontologie adopté dans le cadre des projets pilotes par le regroupement Les sages-femmes du Québec (*Ibid.*, art. 60).

68. Voir le titre de la partie 1 de la *Charte québécoise*, *supra* note 10.

69. *Code des professions*, *supra* note 17, art. 60.4, al. 1.

70. Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p. 1032 [Baudouin et Deslauriers].

Cela pourrait viser les informations génétiques indirectes fournies à son médecin, telles les inquiétudes d'une patiente d'être atteinte d'un cancer du sein comme plusieurs membres de sa famille<sup>71</sup>. Ensuite, le secret professionnel protège la confidentialité des constatations que peut tirer le professionnel de la santé à partir des informations qu'il détient sur le patient, même à partir d'un examen physique ou de laboratoire<sup>72</sup>. On peut penser ici à toutes les conclusions que peut établir un médecin à partir des résultats de tests génétiques. Cela inclut même des éléments qui sont inconnus du patient, mais qui permettront au médecin de former un diagnostic, par exemple, la présence d'une anomalie génétique<sup>73</sup>.

L'apparente règle de confidentialité des informations échangées avec les professionnels de la santé souffre cependant quelques exceptions. Ces exceptions permettent à des professionnels, dans des circonstances bien précises, de divulguer des informations autrement protégées. Nous avons choisi de nous pencher sur trois de ces exceptions qui soulèvent des questions particulières dans le contexte de la génétique.

#### **i) La divulgation du médecin pour une raison impérative et juste**

Le *Code de déontologie des médecins*<sup>74</sup> permet à un médecin de divulguer les faits dont il a eu personnellement connaissance «lorsqu'il y a une *raison impérative et juste* ayant trait à la santé ou la sécurité du patient ou de son entourage»<sup>75</sup>. Il est facile d'imaginer l'utilité de cette disposition dans le contexte de la génétique : constatant que la famille de son patient pourrait développer la même maladie génétique que celui-ci, le médecin pourrait vouloir

---

71. C. Augst, *Understanding Cancer Genetics – How Cancer Sometimes Runs in Families*, CancerBACUP, 2003 aux pp. 13-15 et 38.

72. Baudouin et Deslauriers, *supra* note 70 à la p. 1032.

73. Pauline Lesage-Jarjoura et Suzanne Philips-Nootens, *Éléments de responsabilité civile médicale, le droit dans le quotidien de la médecine*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001 à la p. 336.

74. *Supra* note 63, art. 20(5).

75. Tous les professionnels ont la possibilité de divulguer une information confidentielle, mais uniquement dans les cas stricts où un acte de violence est à craindre (*Code des professions*, *supra* note 17, art. 60.4) (nos italiques).

les aviser afin qu'ils bénéficient de services médicaux préventifs<sup>76</sup>. Mais, étant donné qu'il s'agit d'une exception au secret professionnel, les circonstances formant une «raison impérative et juste» de le briser doivent être strictement limitées. Par ailleurs, l'intensité, comme la portée, de la protection offerte par le secret professionnel est susceptible de varier suivant la nature des fonctions remplies et les autres composantes du régime juridique applicable<sup>77</sup>. Il faut donc regarder cette disposition dans son contexte.

Pour cerner la «raison impérative et juste», on peut se référer aux critères développés à l'égard des expertises psychiatriques menées lors de procédures judiciaires et qui sont protégées par le secret professionnel de l'avocat. Dans l'affaire *Smith c. Jones*<sup>78</sup>, le médecin avait été mis au courant, lors d'une consultation préparatoire à la défense, que le patient-accusé projetait de faire un crime. Il a été décidé que la divulgation ne peut avoir lieu que si «les faits font réellement craindre qu'une personne ou un groupe identifiable soit exposé à un danger imminent de mort ou de blessures graves»<sup>79</sup>. La violence dans le crime appréhendé était l'un des éléments nécessaires<sup>80</sup>. Toutefois, cette cause n'est pas totalement transposable puisqu'elle a été tranchée dans l'unique situation où le secret d'un avocat (et non pas d'un médecin) est confronté à un danger de crime violent (et non pas à un risque de développer une maladie)<sup>81</sup>.

Lorsqu'un médecin fait une divulgation pour «raison impérative et juste», le *Code de déontologie des médecins*<sup>82</sup> le force à noter certaines informations dans le dossier du patient : l'identité de la personne (ou du groupe) exposée au danger, l'acte de violence qu'on vise à prévenir, le danger identifié et l'imminence du danger. À l'évidence, la présence d'un acte de violence n'est pas un élément compatible avec une divulgation qui serait motivée par le risque

---

76. De nombreuses autres situations pourraient se présenter, incluant celle où il s'agit de prévenir les personnes en âge de procréer du risque que leurs futurs enfants soient atteints d'une maladie génétique.

77. *Société d'énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d'élimination des déchets (SIGED) Inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456 au para. 35.

78. *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455.

79. *Ibid.* au para. 85.

80. *Ibid.* au para. 82.

81. La Cour précise d'ailleurs que sa décision ne porte pas sur le privilège du secret de la relation médecin-patient, *Smith c. Jones*, *supra* note 78 au para. 32.

82. *Supra* note 63, art. 21.

de développer une maladie génétique. Toutefois, l'obligation de noter des informations au dossier ne rend pas nécessairement obligatoire la présence de chacun de ces éléments pour être en présence d'une «raison impérative et juste» de briser le secret professionnel. Ainsi, l'élément inconciliable avec notre sujet d'étude – soit la crainte de violence – ne serait peut-être pas obligatoire pour briser le secret professionnel.

On peut aussi s'inspirer des différentes prises de position adoptées au sujet du bris de confidentialité des médecins, principalement dans le contexte de la génétique. La *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* demande de limiter la divulgation sans autorisation à un «motif d'intérêt public important»<sup>83</sup>. L'American Society of Human Genetics pose les conditions suivantes pour rendre légitime le bris du secret : le patient ne coopère pas pour aviser lui-même ses proches, le danger est à la fois hautement potentiel, imminent et sérieux et, finalement, la médecine peut traiter ou prévenir la maladie<sup>84</sup>. Dans une déclaration portant sur le projet du génome humain, l'Association Médicale Mondiale exige un danger grave que permettra d'éviter la divulgation et aussi que le patient refuse de divulguer lui-même les informations<sup>85</sup>. Le *Code de déontologie* de l'Association médicale canadienne ouvre la porte au bris de la confidentialité lorsque «le maintien de la confidentialité risquerait de causer un préjudice grave à des tiers»<sup>86</sup>. L'énoncé de principes élaboré par le Réseau de médecine génétique appliquée du Québec retient, pour sa part, le risque de préjudice sérieux et prévisible ainsi que la possibilité de l'éviter ou de le contrôler par un traitement scientifiquement prouvé<sup>87</sup>. Mentionnons que le Conseil des sciences du Canada avait retenu en 1991 des critères similaires : il faut tenter de convaincre le patient de faire lui-même la divulgation, il doit y avoir une haute probabilité de voir la maladie

---

83. *Supra* note 4, art. 14 (b).

84. American Society of Human Genetics «Professional Disclosure of Familial Genetic Information» (1998) 62 American Journal of Human Genetics 474.

85. Association Médicale Mondiale, *Déclaration de l'Association Médicale Mondiale sur le projet du génome humain*, Marbella, 1992.

86. *Code de déontologie*, Association médicale canadienne, 1996, art. 22.

87. Réseau de médecine génétique appliquée, *Énoncé de principes : Recherche en génomique humaine*, Montréal, 2000 à la p. 10.



génétique se développer, celle-ci doit être sérieuse et l'information doit servir à éviter la survenance de la maladie<sup>88</sup>.

Un consensus semble donc émerger de ces prises de position au sujet du type de danger qui peut motiver le bris du secret médical en matière de maladie génétique : le danger à craindre n'a pas besoin d'être un acte de violence pour motiver une divulgation. À notre avis, il est légitime d'adapter la portée du secret professionnel à la réalité des médecins et aux types de danger qu'ils peuvent prévenir, c'est-à-dire la violence, mais aussi la maladie (ou la mort), ici causée par des facteurs génétiques. Nous estimons pertinent de nous approprier ces normes développées pour le milieu médical afin d'interpréter ce que signifie une «raison impérative et juste» pour les médecins québécois. Ainsi, en matière de génétique, il y aurait une «raison impérative et juste» lorsque 1<sup>o</sup> le patient refuse d'aviser lui-même ses proches, 2<sup>o</sup> la probabilité de développer la maladie est importante et imminente, 3<sup>o</sup> cette maladie est sérieuse et 4<sup>o</sup> elle peut bénéficier de soins préventifs ou curatifs éprouvés. Chaque cas serait unique et devrait être nuancé. Par exemple, le bris du secret serait moins légitime à l'égard des maladies multifactorielles où la génétique joue un rôle minime et les facteurs externes (style de vie, nutrition, pollution, etc.) sont déterminants. Aussi, si aucune mesure préventive ou curative efficace n'est connue, il n'y aurait pas lieu de divulguer à l'entourage familial leur risque de développer la maladie.

## **ii) L'obligation de signaler un enfant en danger**

La *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>89</sup> oblige tout professionnel à faire un signalement à un directeur de la protection de la jeunesse lorsqu'il a «un motif raisonnable de croire que la sécurité ou le développement d'un enfant est ou peut être considéré comme compromis». Il s'agit notamment des cas où «sa santé physique est menacée par l'absence de soins appropriés»<sup>90</sup>. Ce signalement doit être fait malgré l'obligation de secret professionnel<sup>91</sup>. Il pourrait arriver que le dossier médical des parents, des frère et sœur, ou de l'enfant lui-même, permette de voir que celui-ci est à risque de développer une maladie génétique menaçant

---

88. Conseil des sciences du Canada, *Genetics in Canadian Health Care* (rapport) Ottawa, SCC, 1991 aux pp. 72-73.

89. L.R.Q. c. P-34.1, art. 39.

90. *Ibid.*, art. 38 (c).

91. *Ibid.*, art. 1 (b), 39.

sa santé physique et que les parents ne prennent pas les mesures préventives qui s'imposent. Par exemple, le dépistage néonatal pourrait indiquer qu'un nouveau-né risque de souffrir de la phénylcétonurie, mais que les parents refusent de lui fournir la diète stricte qui l'empêcherait de développer un grave retard intellectuel<sup>92</sup>. Étant donné qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait un «danger réel actuel ou imminent»<sup>93</sup> pour motiver un signalement, on peut envisager qu'une obligation de signalement naîtrait même face à certaines maladies génétiques où les symptômes se développent tard dans l'enfance ou à l'âge adulte. Il faut cependant garder à l'esprit la grande discrétion que confère l'autorité parentale sur les décisions qui concernent la santé de l'enfant : par exemple, seules les décisions déraisonnables ou manifestement erronées justifient l'intervention du tribunal<sup>94</sup>.

Selon la loi, le risque que l'enfant développe la maladie doit être assez élevé puisqu'il doit constituer un «motif raisonnable» de penser que sa sécurité est compromise<sup>95</sup>. Il est difficile de chiffrer ce risque de façon hypothétique. Il est évident que la certitude de voir la maladie se développer sera suffisante, mais elle sera aussi rarissime. D'un autre côté, dans le cas des maladies multifactorielles, l'addition de plusieurs facteurs causant la maladie qui sont difficiles à évaluer diminuent les chances d'avoir un motif raisonnable de croire que la sécurité de l'enfant est compromise. De plus, la raison pour laquelle la santé physique de l'enfant est compromise doit être «l'absence de soins appropriés». Cela implique qu'il doit exister des soins efficaces qui permettraient de sauvegarder sa sécurité. Lorsque de tels traitements n'existent pas à l'égard d'une maladie génétique, le professionnel de la santé ne serait pas tenu de faire un signalement.

---

92. Les graves effets de cette maladie peuvent être empêchés par une diète pauvre en protéines (Association québécoise des maladies métaboliques du Réseau, *Qu'est-ce que la phénylcétonurie?*, en ligne : Association québécoise des maladies métaboliques du Réseau <[www.aqmmr.com/fr/pcu.shtml](http://www.aqmmr.com/fr/pcu.shtml)>. Les programmes de dépistage néonatal sont habituellement dédiés à ce type de maladies où l'intervention médicale précoce est déterminante, Claude Laberge, Linda Kharaboyan et Denise Avard, «Le dépistage des nouveau-nés, le consentement et la mise en banque» (2004) 2 GenEdit 4, 1-2, en ligne : <[www.humgen.umontreal.ca/int/GE/Fr/2004-3Fr.pdf](http://www.humgen.umontreal.ca/int/GE/Fr/2004-3Fr.pdf)>.

93. *Protection jeunesse-1005* (17 septembre 1998), Québec 200-41-001829-985, (C.Q.).

94. *Couture-Jacquet c. Montreal Children's Hospital*, [1986] R.J.Q. 1221 (C.A.).

95. *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra note 89, art. 39.

### iii) **La divulgation d'une inaptitude à conduire**

Une dérogation au secret professionnel existe lorsque la capacité des patients de conduire un véhicule routier est compromise. Certains professionnels de la santé, dont les médecins et les infirmiers<sup>96</sup>, ont le droit de divulguer à la Société de l'assurance automobile du Québec (ci-après, «SAAQ») l'état de santé d'une personne de 14 ans ou plus qu'ils jugent inapte à conduire un véhicule routier<sup>97</sup>. Il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'une possibilité d'en faire part à la SAAQ. Encore une fois, la divulgation porte même sur les renseignements protégés par le secret professionnel<sup>98</sup>. L'évaluation de l'inaptitude à conduire doit se faire «en tenant compte notamment des maladies, déficiences et situations incompatibles avec la conduite d'un véhicule routier telles qu'établies par règlement»<sup>99</sup>. Le règlement d'application réfère à une multitude de problèmes de santé, telles les déficiences de l'appareil cardio-vasculaire et musculo-squelettique, les déficiences mentales et celles du système nerveux<sup>100</sup>. Même «les signes de sénilité, de perte d'autonomie, de faiblesse générale, de cachexie, de baisse de l'état général» peuvent être à l'origine d'un rapport d'inaptitude à la SAAQ<sup>101</sup>.

On peut penser que de nombreuses maladies génétiques sont susceptibles d'affecter la santé de la manière prévue dans le règlement et donc, qu'elles pourraient donner lieu à une divulgation à la SAAQ. Lorsque les symptômes d'une maladie génétique ont commencé à réduire les capacités de conduire un véhicule, il semble facile de conclure que les critères sont rencontrés pour faire une telle divulgation. Toutefois, cela semble moins évident lorsque la personne est actuellement en bonne santé, mais qu'un test génétique prédictif indique qu'elle est à risque de développer ultérieurement une maladie invalidante. Ce serait le cas pour la maladie de Huntington, un test génétique peut prédire d'avance à une jeune personne en santé qu'elle développera progressivement une

---

96. *Code de la sécurité routière*, L.R.Q. c. C-24.2, art. 4.

97. *Ibid.*, art. 603, al. 1.

98. *Ibid.*, art. 603, al. 2.

99. *Ibid.*, art. 603, al. 1.

100. *Règlement sur les conditions d'accès à la conduite d'un véhicule routier relatives à la santé des conducteurs*, (1989) 121 G.O. II, 255.

101. *Ibid.*, art. 58.1.

invalidité dans une trentaine d'années<sup>102</sup>. Si on se fie au texte de la loi, la personne doit déjà présenter une inaptitude au moment de la divulgation, et non pas être à risque de développer une maladie invalidante dans quelques années; en effet, le professionnel peut dénoncer quelqu'un «qu'il juge inapte à conduire un véhicule routier»<sup>103</sup>. À notre avis, la personne asymptomatique à risque de développer une maladie génétique qui affecterait sa capacité de conduire n'est pas visée parce qu'elle n'est pas encore inapte. Même si elle est à l'âge auquel, statistiquement, les symptômes pourraient se déclarer, personne ne peut prédire avec précision le moment d'apparition d'une maladie génétique ou la gravité des symptômes attendus. Lorsque les symptômes invalidants se feront voir, il sera encore temps au professionnel de la santé de transmettre sa déclaration. Selon nous, le législateur n'a pas voulu mettre sur pied une police parallèle traquant les futurs inaptes et dénonçant tout risque potentiel d'inaptitude à la conduite. Il permet plutôt au personnel soignant qui constate une inaptitude de la déclarer. Même si cette disposition a comme objectif la protection du public<sup>104</sup>, il s'agit d'une exception du droit au secret professionnel. Se limiter à déclarer les personnes réellement inaptes à conduire nous semble poser un équilibre adéquat entre ces deux impératifs.

### **C. Les entreprises privées oeuvrant en santé**

Le secteur de la santé compte nombre d'entreprises qui ne sont pas des établissements de santé ou des organismes publics, comme les nombreuses cliniques de médecine générale où le médecin de famille reçoit ses patients. Ces entreprises privées oeuvrant en santé sont soumises à la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*<sup>105</sup>. Elles sont des entreprises au sens du *Code civil*<sup>106</sup> et prennent diverses formes : cabinet de médecins opérant à leur compte<sup>107</sup>, pharmacie, clinique de conseil génétique, laboratoire spécialisé

---

102. Brendan Haigh, Mahbulul Hug et Michael R. Hayden, «Huntington Disease» dans *GeneReviews*, Seattle, Université de Washington, 2005, en ligne : <www.genetests.org>.

103. *Code de la sécurité routière*, *supra* note 96, art. 603, al. 1.

104. R. C. c. *Société de l'assurance automobile du Québec*, [2002] T.A.Q. aux pp. 901, 903 (T.A.Q.).

105. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 1, 3; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, *supra* note 16, art. 3, 7.

106. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 1.

107. *Ibid.* art. 1; *L.S.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 95; *C.c.Q.*, art. 1525.

dans les tests génétiques prénataux ou centre d'hébergement privé pour aînés. Ces entreprises privées sont soumises à plusieurs dispositions qui encadrent la protection des renseignements qu'ils détiennent sur leurs clients. Cette information est protégée dans la mesure où elle constitue un «renseignement personnel», c'est-à-dire un renseignement qui concerne une personne physique et permet de l'identifier<sup>108</sup>. Ainsi, lorsque le nom d'une personne est associé à des informations génétiques qui la concernent, il s'agit d'un renseignement personnel<sup>109</sup>. Les entreprises privées du secteur de la santé doivent protéger les renseignements personnels en empêchant les tiers d'y avoir accès<sup>110</sup>. La confidentialité des informations génétiques qui sont entre les mains de ces entreprises privées est normalement protégée<sup>111</sup>. Toutefois, une exception permet à ces entreprises de communiquer à des tiers certaines informations sur leurs clients, sous forme de liste nominative. Cette exception pose des enjeux particuliers ici.

Une entreprise peut communiquer des renseignements personnels sur ses clients, sans leur consentement, par le biais d'une liste nominative comportant leur nom, adresse ou numéro de téléphone<sup>112</sup>. Une telle liste nominative peut être communiquée à trois conditions : 1<sup>o</sup> la communication doit servir à des fins de prospection commerciale ou philanthropique, 2<sup>o</sup> une occasion valable de ne pas faire partie de ce genre de liste doit avoir été offerte et 3<sup>o</sup> la divulgation ne doit pas porter atteinte à la vie privée des personnes concernées<sup>113</sup>.

---

108. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 2.

109. Les informations génétiques sont habituellement traitées comme des renseignements personnels par les auteurs : Bahamin, *supra* note 25 à la p. 241; Boucher, *supra* note 43 à la p. 200.

110. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 13.

111. La possibilité de vérifier l'existence d'une maladie génétique chez une personne décédée (dont nous avons discuté dans la section sur les établissements de santé) existe aussi lorsque l'information est entre les mains d'une entreprise privée (*Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 31, al. 2). Cette possibilité est formulée de la même manière que celle prévue pour les dossiers des établissements de santé (*L.S.S.S.*, *supra* note 14, art. 23), nous renvoyons simplement le lecteur aux commentaires faits plus haut sur ce point.

112. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, *supra* note 15, art. 18, al. 10, 22.

113. *Ibid.*

Cette troisième exclusion expresse liée à l'atteinte de la vie privée entraîne inévitablement la prémisse selon laquelle la transmission des seuls nom et coordonnées d'un client peut parfois affecter sa vie privée. À notre avis, cette situation pourrait concerner les listes provenant de cliniques ou laboratoires *spécialisés* dans un domaine particulier de la santé puisque le seul fait de savoir qu'une personne est cliente de ces entreprises renseigne sur un aspect privé de sa vie. La spécialisation de ces laboratoires ou cliniques pourrait toucher les tests génétiques ou le conseil génétique. La liste nominative des clients de ces entreprises spécialisées est susceptible de fournir, de façon implicite, des renseignements beaucoup plus privés que d'autres entreprises, comme celles vendant des meubles ou offrant des services de téléphonie. La question de savoir si quelqu'un a eu recours à des services spécialisés en génétique, probablement parce qu'il se croit à risque ou qu'il a déjà éprouvé des symptômes, le concerne personnellement et intimement. Cette exclusion des entreprises oeuvrant exclusivement dans la génétique prend encore plus d'importance quand on sait que, avant de passer des tests génétiques, plusieurs indices de prédisposition sont souvent exigés. Les entreprises oeuvrant spécifiquement en génétique ne devraient donc pas fournir des listes nominatives parce que cela risque d'affecter la vie privée, tel que l'interdit la troisième condition de la loi<sup>114</sup>.

Quant aux cliniques de médecine générale, aux laboratoires biomédicaux non spécialisés dans la génétique et aux pharmacies, il est plus difficile de dire si la divulgation des noms de leurs clients porterait atteinte à la vie privée de ceux-ci. Mentionnons qu'aucun tri à partir de renseignements personnels du dossier ne peut être fait avant de donner une liste nominative : un pharmacien ne peut pas fournir une liste qui regroupe uniquement ses patients diabétiques<sup>115</sup>. Ainsi, un laboratoire biomédical ne serait pas autorisé à divulguer une liste des clients qui se sont prêtés à un test génétique précis, par exemple tous ceux qui ont subi un test sur la forme héréditaire de la maladie d'Alzheimer. Mais, est-ce que la communication d'une liste de tous les clients d'une entreprise non spécialisée dans un domaine médical en particulier affecterait aussi la vie privée? Il s'agit d'une question complexe qui dépendra des circonstances. Toutefois, nous estimons qu'elle pourrait d'abord se buter au droit au secret professionnel.

---

114. *Ibid.*

115. *Deschesnes c. Groupe Jean Coutu (P.J.C.) inc.* (13 juillet 2000), Québec 98 08 42 à la p. 13 (C.A.I.).

En effet, nous nous interrogeons sur le droit de communiquer des listes nominatives lorsque l'information provient de personnes tenues au secret professionnel<sup>116</sup>. La *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* précise qu'elle ne peut avoir «pour effet de restreindre la protection des renseignements personnels [...] résultant de l'application d'une autre loi»<sup>117</sup>. Ainsi, la divulgation ne peut avoir lieu dans la mesure où elle restreint la protection déjà offerte par une autre loi<sup>118</sup>. Or, comme nous l'avons vu, les professionnels doivent assurer le respect du secret professionnel en protégeant tous les renseignements confidentiels qui viennent à leur connaissance dans l'exercice de leur profession. Le champ d'action est plus large que la préservation de la vie privée : presque toutes les informations qui viennent à la connaissance des professionnels sont concernées. Par exemple, un médecin «ne peut divulguer les faits [...] dont il a eu personnellement connaissance»<sup>119</sup>, un infirmier «ne doit pas révéler qu'une personne a fait appel à ses services»<sup>120</sup> et un dentiste «ne doit pas révéler qu'une personne a fait appel à ses services lorsque ce fait est susceptible de causer un préjudice à cette personne»<sup>121</sup>. Le patient qui consulte un médecin, se soumet à un examen médical ou achète un médicament peut raisonnablement s'attendre, du moins lorsqu'il ne le fait pas en public, à ce que cela demeure confidentiel. Ces éléments font partie de la relation avec le professionnel et portent sur sa santé; ils méritent d'être protégés. Il faut aussi ajouter que la nature quasi constitutionnelle du secret professionnel<sup>122</sup> prime sur les droits garantis par la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*<sup>123</sup>. Seules des dispositions expresses d'une loi peuvent autoriser à divulguer le contenu du secret

---

116. Nous abordons aussi cette question dans Emmanuelle Lévesque, Bartha M. Knoppers et Denise Avard, «La génétique et le cadre juridique applicable au secteur de la santé : examens génétiques, recherche en génétique et soins innovateurs» (2004) 64 R. du B. 57 [Lévesque, Knoppers et Avard].

117. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, supra note 15, art. 94, al. 2.

118. *X. c. Centre jeunesse de Québec* (4 mai 2001), Québec 00 08 51 et 00 10 40 à la p. 38 (C.A.I.).

119. *Code de déontologie des médecins*, supra note 63, art. 20 (5).

120. *Code de déontologie des infirmières et des infirmiers*, supra note 66, art. 32.

121. *Code de déontologie des dentistes*, supra note 64, art. 3.06.04.

122. *Charte québécoise*, supra note 10, art. 9, al. 1, 52.

123. *Fédération des travailleurs et des travailleuses du papier et de la forêt c. Commission d'accès à l'information*, [1998] C.A.I. 565 (C.S.).

professionnel<sup>124</sup>. Il nous paraît difficile de conclure que les dispositions qui permettent la divulgation de listes nominatives sont de telles dispositions «expresses». Elles ne portent pas sur le secret professionnel et visent globalement toutes les entreprises. Dans ces circonstances, le droit au secret professionnel du patient devrait primer sur la possibilité pour les entreprises de divulguer des listes nominatives à des fins commerciales ou philanthropiques<sup>125</sup>.

#### **D. Le régime de protection de la santé publique**

Les possibilités offertes par la génétique peuvent être intégrées dans un système de protection de la santé publique, ce qui peut prendre plusieurs facettes : dépistage génétique de la population, organisation des services génétiques, etc.<sup>126</sup> Au Québec, la protection de la santé publique est encadrée par la *Loi sur la santé publique*<sup>127</sup>. Cette loi «a pour objet la protection de la santé de la population et la mise en place de conditions favorables au maintien et à l'amélioration de l'état de santé et de bien-être de la population en général»<sup>128</sup>. Certaines mesures visent expressément à prévenir les maladies et à exercer une «surveillance continue de l'état de santé de la population en général»<sup>129</sup>. Ces objectifs s'appuient d'abord et avant tout sur la communication et la compilation de renseignements sur la santé. Certains mécanismes de cette loi interpellent plus précisément la confidentialité des données sur la santé, ils incluent donc celles de nature génétique. Nous regarderons de plus près quatre<sup>130</sup> de ces mécanismes afin de voir s'ils sont susceptibles d'affecter la protection de l'information génétique.

---

124. *Charte québécoise*, *supra* note 10, art. 9, al. 2.

125. Toutefois, nous n'avons pas trouvé de décision en ce sens pour les professionnels de la santé. Les décisions en cette matière concernent presque exclusivement le secret professionnel de l'avocat ou encore l'exception de divulgation à des fins de recherche. À cet égard, la Cour du Québec notait en 1997 que la Commission d'accès à l'information se refuse à reconnaître le champ d'application du droit quasi-constitutionnel au secret professionnel (*Général Accident, compagnie d'assurances du Canada c. Ferland* (12 novembre 1997), Québec 200-02-012943-267 à la p 5 (C.Q.)).

126. Ron L. Zimmern, «Public Health Genetics» dans *Nature-Encyclopedia of the Human Genome*, Nature Publishing Group, London, 2003 à la p. 929.

127. L.R.Q. c. S-2.2.

128. *Ibid.*, art. 1.

129. *Ibid.*, art. 3 et 4.

130. D'autres mécanismes sont toutefois prévus dans la *Loi sur la santé publique* (*supra* note 127), comme le signalement obligatoire de situations menaçant la santé de la population (art. 92-95) et les enquêtes épidémiologiques (art. 96 ss.). *Supra* note 127, art. 92 ss.



D'abord, des plans de surveillance continue de l'état de santé de la population peuvent être élaborés et comprendre la compilation de renseignements personnels<sup>131</sup>. Puisque les aspects de la santé qui peuvent être surveillés ne sont pas limités, le plan pourrait porter sur l'incidence d'une maladie génétique. Une fois le plan de surveillance mis en place, les médecins, laboratoires médicaux, établissements de santé ou ministères peuvent alors être tenus de fournir les informations demandées pour son exécution<sup>132</sup>. Toutefois, l'information doit être fournie «sous une forme qui ne permet pas d'identifier les personnes», par exemple, en la regroupant par quartier, par établissement ou par municipalité<sup>133</sup>. Étant donné cette précision, les plans de surveillance ne semblent pas être susceptibles de compromettre la confidentialité des données génétiques.

De façon corollaire, des systèmes de collecte de renseignements (personnels ou non) sur la prévalence, l'incidence et la répartition des problèmes de santé peuvent aussi être établis à des fins de surveillance continue de l'état de santé de la population<sup>134</sup>. Il pourrait notamment être question des maladies génétiques. Aucune règle spécifique ne semble encadrer ce système de collecte, mais il est précisé que les données doivent être fournies selon le règlement qui l'établit<sup>135</sup>. Devant des dispositions aussi évasives, il nous est impossible de savoir si on pourrait recueillir, sans le consentement des intéressés, des renseignements personnels de nature génétique. Cela dépendra des règlements qui seront adoptés pour collecter les informations génétiques. Pour l'instant, aucun tel règlement n'a été trouvé.

Dans un troisième temps, des registres de renseignements personnels sur certains services ou soins de santé reçus peuvent être mis en place à des fins de soins préventifs cliniques ou de protection de la santé de la population<sup>136</sup>. On pourrait, par exemple, vouloir suivre de près la transmission dans la famille d'une maladie génétique comme le cancer héréditaire du sein afin d'offrir des soins préventifs aux personnes à risque d'en être atteintes. Une fois le registre

---

131. *Ibid.*, art. 35. Chaque plan de surveillance fait l'objet d'un avis consultatif par un comité d'éthique qui peut se prononcer sur le type de renseignements qu'il est nécessaire d'obtenir : *ibid.*, art. 20, 36.

132. *Ibid.*, art. 6, 38.

133. *Ibid.*, art. 38.

134. *Ibid.*, art. 47.

135. *Ibid.*, art. 48.

136. *Ibid.*, art. 49.

mis en place, les professionnels de la santé sont tenus d'inscrire au registre les renseignements demandés<sup>137</sup>. Le consentement du patient à l'inscription de ses données personnelles dans le registre est habituellement nécessaire<sup>138</sup>. Toutefois, son consentement n'est pas requis «lorsque le refus de cette personne pourrait mettre en danger la santé d'autres personnes»<sup>139</sup>. Le niveau de danger et son imminence ne sont pas précisés dans la loi. Le refus d'être inscrit dans le registre pourrait-il «mettre en danger la santé» de la parenté quand il s'agit d'une maladie génétique? Cela dépendrait de plusieurs facteurs très variables : sévérité des symptômes, probabilité que la famille soit aussi atteinte, possibilité de traitement, etc. Il faut aussi voir si la personne est d'accord pour informer elle-même ses proches ; à ce moment, refuser de s'inscrire au registre ne mettrait pas en danger la santé d'autres personnes. Tous ces facteurs devraient être pris en compte avant de décider si un refus d'être inscrit au registre met en danger la santé des autres. Théoriquement, il n'est pas impossible que la mise sur pied de registres donne lieu à une collecte d'informations génétiques personnelles sans le consentement de la personne concernée.

Quatrièmement, certaines maladies peuvent faire l'objet d'une déclaration obligatoire qui comprend «le nom et l'adresse de la personne atteinte et tous les autres renseignements, personnels ou non, prescrits par règlement»<sup>140</sup>. La Commission d'accès à l'information a suggéré qu'un comité d'éthique se penche sur la liste des maladies à déclaration obligatoire étant donné l'impact de ces dispositions sur la vie privée et sur le secret professionnel<sup>141</sup>. Seules les «maladies médicalement reconnues comme pouvant constituer une menace à la santé d'une population et nécessitant une vigilance des autorités de santé publique ou la tenue d'une enquête épidémiologique»<sup>142</sup> peuvent être visées par la déclaration obligatoire. Une menace à la santé de la population s'entend de

---

137. *Ibid.*, art. 51. Mentionnons que ces registres doivent être établis par règlement et recevoir l'aval de la Commission d'accès à l'information ou, à défaut, celui du gouvernement : *ibid.*, arts. 49, 50.

138. *Ibid.*, art. 49, al. 3.

139. *Ibid.*, art. 49, al. 4 (nos italiques).

140. *Ibid.*, arts. 79, 81.

141. *Avis du 11 juin 2003 concernant les restrictions au droit à la vie privée et au secret professionnel dans le Projet de règlement ministériel concernant la liste des intoxications, infections et maladies à déclaration obligatoire*, Commission d'accès à l'information, à la p. 5.

142. *Loi sur la santé publique*, *supra* note 127, art. 80.

«la présence au sein de celle-ci d'un agent biologique, chimique ou physique susceptible de causer une épidémie si la présence de cet agent n'est pas contrôlée»<sup>143</sup>. Il est difficile de croire qu'on veut inclure dans cette définition des maladies génétiques, même si l'ADN pourrait être vu comme un «agent biologique». D'ailleurs, l'actuelle liste des maladies à déclaration obligatoire ne vise pas des maladies dont la transmission se fait par l'hérédité<sup>144</sup>. Celles-ci ne se répandent pas aussi rapidement ni aussi largement qu'une épidémie. Leur mode de transmission (par la descendance uniquement) est aussi singulièrement différent. L'un des critères supplémentaires pour la déclaration obligatoire est que d'autres cas puissent survenir dans la population parce que la maladie est contagieuse, qu'elle est une intoxication ou qu'elle provient d'une source de contamination dans l'environnement<sup>145</sup>. Une fois de plus, aucun de ces critères n'interpelle précisément les maladies génétiques. Encore faudrait-il interpréter la contagion comme comprenant la transmission des gènes d'un parent à son enfant au moment de la conception. Mais cette interprétation ne cadre pas avec l'esprit de la loi. Nous pensons donc que peu d'indices laissent croire que les maladies génétiques pourraient faire l'objet d'une déclaration obligatoire. Pour l'instant, il est légitime de penser que ce mécanisme risque peu d'affecter la confidentialité des personnes ayant des troubles de santé d'origine génétique.

## Conclusion

Comme nous avons pu le voir, les nombreuses dispositions existantes qui protègent la confidentialité et la vie privée trouvent application lorsqu'il s'agit d'informations génétiques. Que les informations génétiques soient détenues par des professionnels de la santé, des établissements de santé, des entreprises privées ou qu'elles servent à des fins de protection de la santé publique, des dispositions existent pour protéger la vie privée et la confidentialité des individus concernés. À quelques exceptions près, l'application des dispositions sur la confidentialité et la vie privée se fait sans encombre ou difficulté d'interprétation. Le cadre législatif actuel paraît bien s'accommoder des

---

143. *Ibid.*, art. 2, al. 2.

144. *Règlement ministériel d'application de la Loi sur la santé publique*, (2003) 135 G.O. II, 4909.

145. *Règlement d'application de la Loi sur la santé publique*, (2003) 135 G.O. II, 3314, art. 2, para. 1.

informations génétiques qui, malgré quelques particularités, partagent beaucoup de points communs avec l'ensemble des informations sur la santé.

Nous n'avons pu aborder ici toutes les dispositions applicables aux informations génétiques, telles celles applicables à la recherche; un secteur où les informations génétiques sont largement utilisées. Il s'agit des dispositions qui permettent d'obtenir de la part des entreprises privées, des organismes publics et des établissements de santé des informations personnelles afin de mener des études ou des recherches<sup>146</sup>.

Des interrogations se sont quelquefois posées au cours de l'analyse du cadre législatif québécois et certaines d'entre elles n'ont pu obtenir ici de réponse finale. Il s'agit notamment de l'applicabilité de certaines dispositions aux échantillons biologiques (peau, sang, cheveu, etc.). Il est difficile de voir précisément comment le régime actuel de protection des informations à caractère personnel peut inclure ces échantillons corporels. Par ailleurs, des questions d'application se poseront vis-à-vis certaines dispositions permettant la divulgation d'informations génétiques protégées par le secret professionnel. L'accès au dossier des personnes liées par le sang aux fins de vérifier l'existence d'une maladie génétique, ou encore le privilège du médecin de briser le secret professionnel lorsqu'une raison impérieuse et juste existe, en sont des exemples.

Dans tous les cas où de telles questions surviennent, les réponses doivent être apportées en prenant en compte la très grande hétérogénéité de l'information génétique. À cet égard, le caractère probabiliste de certaines informations génétiques (par ex. une susceptibilité à développer une maladie multifactorielle) est l'un des éléments qui doivent toujours être gardés à l'esprit. Les informations génétiques sont, en fin de compte, des informations sur la santé des individus qu'il convient de traiter comme telles.

---

146. *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, supra note 15, art. 18 (8) (21) ; *Loi sur l'accès (organismes publics)*, supra note 16, art. 59 (5), 125; *L.S.S.S.*, supra note 14, art. 19.2, al. 1. Voir à ce sujet Lévesque, Knoppers et Avard, supra note 116.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LE MALENTENDU THÉRAPEUTIQUE : UN DÉFI POUR LE  
CONSENTEMENT EN RECHERCHE CLINIQUE

**Auteur(s) :** Dany JONCAS  
Suzanne PHILIPS-NOOTENS

**Revue :** RDUS, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 133-163

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11879>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11879>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## ARTICLE

---

# LE MALENTENDU THÉRAPEUTIQUE : UN DÉFI POUR LE CONSENTEMENT EN RECHERCHE CLINIQUE\*

par Dany JONCAS\*\*  
Suzanne PHILIPS-NOOTENS\*\*\*

*La recherche médicale requiert la participation d'un nombre sans cesse croissant de sujets humains. Pour ceux-ci, cependant, il n'est pas toujours facile de comprendre la nature même de l'entreprise dans laquelle ils s'engagent. Ainsi, l'attente irréaliste de bénéfices directs pour eux-mêmes est susceptible d'affecter la qualité de leur consentement. Cette méprise, qualifiée de «malentendu thérapeutique», trouve sa source non seulement dans les espoirs des sujets, mais également dans la nature même de la recherche et dans le comportement de certains chercheurs. Il importe de réagir à ce phénomène qui affecte directement le libre arbitre des participants à la recherche.*

---

*Medical research requires the participation of an ever-increasing number of human subjects. However, it is not always easy for these participants to fully grasp the actual nature of the activity in which they are involved. Unrealistic expectations as to the direct benefits for them as a result of their participation can affect the quality of their consent. A misapprehension of this nature, which can be described as a «therapeutic misconception», results not only from the aspirations of the research subjects but also from the actual nature of the research and the behaviour of certain researchers. It is important to resist this type of phenomenon which can have a direct effect on the voluntary nature of the consent of volunteers who participate in the research study.*

---

\*. Cette étude fait partie du projet *Génétique, Éthique, Droit et Société* (GEDS), *Genetics, Ethics, Law and Society* (GELS), dir. B.M. Knoppers, financé par Génome Québec et Génome Canada.

\*\*. Doctorant, Faculté de droit, Université Laval, professionnel de recherche au GEDS.

\*\*\*. Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, chercheure principale au GEDS. Nos remerciements à M. Michaël Gagnon, agent de recherche, pour sa collaboration.

## SOMMAIRE

<b>Introduction .....</b>	<b>135</b>
<b>1. Diverses formes d'incompréhensions pouvant affecter le consentement en recherche clinique .....</b>	<b>136</b>
1.1 La mésestimation thérapeutique ( <i>therapeutic misestimation</i> ) .....	137
1.2 L'optimisme thérapeutique .....	138
1.3 Le malentendu thérapeutique ( <i>therapeutic misconception</i> ) .....	140
<b>2. Le malentendu thérapeutique : son importance et ses sources .....</b>	<b>142</b>
2.1 L'importance du phénomène .....	142
2.2 Les sources du phénomène .....	145
2.2.1 Le sujet, source du malentendu .....	146
2.2.2 Le chercheur, source du malentendu .....	150
<b>3. Des mécanismes de protection contre le malentendu .....</b>	<b>158</b>
3.1 Pour une meilleure compréhension des enjeux : l'influence des valeurs préexistantes .....	158
3.2 Quelques mesures concrètes .....	160
<b>Conclusion .....</b>	<b>162</b>



## Introduction

«A cardiology respondent even made a distinction between medical research and his participation, which he describes as being “for medical research, isn’t for science”» (Butters et al.)<sup>1</sup>

La communication entre le chercheur et son sujet a fait, au cours des dernières décennies, l’objet de nombreuses études portant tout particulièrement sur le degré de compréhension observé chez les sujets à l’égard du projet de recherche, de la nature même de cette entreprise scientifique et de son impact sur les participants. Nous nous sommes penchés plus particulièrement sur un phénomène qui survient lors du processus de recrutement des sujets. Désigné sous le nom de *therapeutic misconception*, ou *malentendu thérapeutique*<sup>2</sup>, le concept a été développé par un groupe de chercheurs américains au début des années 80 afin de décrire la confusion qui existe entre le domaine thérapeutique et celui de la recherche clinique<sup>3</sup>.

La recherche que l’on pourrait qualifier de fondamentale et qui fait appel à des sujets humains exempts de toute forme de maladie ou condition particulière liée à la santé n’est pas visée ici : ceux-ci n’ont, par définition, aucune attente thérapeutique face à leur démarche. Nous nous situons donc uniquement dans le contexte de la recherche clinique qui s’adresse à des sujets affectés par une condition préexistante. La distinction fondamentale entre les objectifs de la recherche et ceux de la clinique risque alors d’être victime d’un processus de «contamination» complexe susceptible d’affecter non seulement le processus de consentement éclairé mais encore la légitimité même de la recherche faisant appel à des sujets humains.

Notre première partie présente diverses formes d’incompréhensions pouvant affecter le consentement en recherche clinique. Dans la seconde est

- 
1. Ronald R. Butters, Jeremy Sugarman et Lyla Kaplan., «Semantic and pragmatic variability in medical research terms : implications for obtaining meaningful informed consent» (2000) 75 *American Speech* 149 à la p. 163 [Butter, Sugarman et Kaplan].
  2. La traduction est de nous : cette expression nous semble la plus appropriée.
  3. Voir la section 1.3.

étudiée plus à fond la notion de malentendu thérapeutique et nous terminons en explorant certains mécanismes de protection contre ce malentendu.

# **1. Diverses formes d'incompréhensions pouvant affecter le consentement en recherche clinique**

À la base même du consentement éclairé se trouve la compréhension, par le sujet, des enjeux de sa participation à la recherche. Un nombre grandissant d'études vient démontrer que cette exigence de base n'est pas obtenue de façon systématique<sup>4</sup>. Il est évident que, de par sa complexité scientifique, la recherche s'expose souvent à ne pas être parfaitement comprise par les personnes pressenties comme participants : nul ne prétend qu'elle doive l'être. Toutefois, ce qui est indispensable à l'obtention d'un consentement éclairé est une compréhension adéquate des conséquences découlant de la participation à la recherche.

La question fondamentale consiste donc à déterminer quel type et quel degré d'incompréhension peuvent mettre en péril la validité du consentement. C'est ainsi qu'éthiciens et juristes ont été amenés à explorer différentes formes d'incompréhensions que l'on retrouve chez les sujets de recherche. Comme nous pourrions le constater, elles n'ont pas toutes la même portée sur l'échiquier de la recherche clinique et il faut se garder d'associer erronément le malentendu thérapeutique proprement dit aux autres phénomènes pouvant affecter, à des degrés divers, la compréhension des enjeux de la recherche.

Trois formes distinctes d'incompréhension retiennent principalement l'attention. S'agit-il d'une démarche d'aveuglement volontaire qui repose uniquement, et contre toute attente, sur une vision du possible, et non du probable, révélant ainsi une erreur d'évaluation thérapeutique (1.1 La mésestimation thérapeutique)? Sous un autre angle, l'incompréhension a-t-elle pour source une vision optimiste de la réalité, basée sur des convictions personnelles pouvant éventuellement mener à un «détournement» de l'information scientifique (1.2 L'optimisme thérapeutique)? Finalement, sommes-nous devant un phénomène limité à la personne qui, ne pouvant saisir

---

4. Steven Joffe *et al.*, «Quality of informed consent in cancer clinical trials : a cross-sectional survey» (2001) 358 Lancet 1772.

la distinction entre la thérapie et la recherche, voit la validité de son consentement amoindrie face à une démarche scientifique dont la signification lui échappe (1.3 Le malentendu thérapeutique)?

### **1.1 La mésestimation thérapeutique (*therapeutic misestimation*)**

Des études portant sur la phase I des essais cliniques sur le cancer<sup>5</sup> démontrent que certains participants «may overestimate the probability of benefit and underestimate the risk in a similar way»<sup>6</sup>. Les auteurs Horng et Grady se sont interrogés sur la nature de cette erreur d'évaluation en se demandant s'il s'agissait d'une erreur véritable ou simplement d'une interprétation optimiste des données. Bien que l'état actuel de la recherche ne permette pas de prendre position de façon satisfaisante sur cette question, ces mêmes auteurs affirment que si les «subjects do tend to misunderstand probability data, this tendency is a weak justification for tolerating it»<sup>7</sup>.

Ainsi, les sujets concernés pourraient saisir parfaitement les buts de la recherche et la différence existant entre la recherche et la pratique clinique ordinaire, et la distorsion serait localisée au niveau de l'évaluation des bienfaits et des risques du projet.

On peut dès lors mesurer l'impact véritable de cette mésestimation lorsque l'on en considère l'ampleur et l'effet direct potentiel sur le sujet. Elle est particulièrement problématique lorsqu'elle survient lors d'un projet de recherche comportant des risques élevés et des probabilités de bénéfices réduits. Devant pareil scénario, tant le chercheur que le comité d'éthique qui encadre la recherche doivent être particulièrement sensibles aux risques que pourraient

---

5. Les essais cliniques de la phase I sont ceux qui «permettent habituellement d'étudier la toxicité pharmacologique des nouveaux médicaments liée à la posologie. Ils font souvent appel à des sujets sains, mais parfois aussi à des sujets participant à des études dont on sait que les interventions seront toxiques» : Conseil de recherches médicales du Canada, Conseil de recherches en sciences naturelles et en génie du Canada, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, *Énoncé de politique des trois Conseils : Éthique de la recherche avec des êtres humains*, Hull, ministre des Approvisionnements et services Canada, 1998, point 7.1 [Les trois Conseils].

6. Sam Horng et Christine Grady, «Misunderstanding in Clinical Research» (2003) 25 IRB 11 à la p. 13 [Horng et Grady].

7. *Ibid.* à la p. 14.

courir des personnes présentant un profil comportant de fortes attentes thérapeutiques.

Les effets directs sur la personne sont illustrés par Horng et Grady en prenant l'exemple d'un musicien qui voudrait se soumettre à un protocole de chimiothérapie expérimentale présentant un risque de 90 % d'affecter l'ouïe. Si ce même musicien croit qu'il ne s'expose qu'à un risque de 10 % de voir ses capacités auditives atteintes, le manque de réalisme de sa position pourrait sérieusement compromettre la validité de son choix. Dans ce cas précis, la prise de décision est menacée par l'écart important entre la représentation individuelle inexacte et la probabilité réelle des risques envisagée par le projet de recherche.

Les effets pervers de la mésestimation thérapeutique se situent donc, non pas au niveau de l'incompréhension de ce qu'est une recherche, mais au niveau de la prise de décision de participer, qui est fondée sur une perception incorrecte des données. Cependant cette carence n'est pas fatale. Mais il faudra évaluer, afin de déterminer la validité du consentement du sujet, l'importance des écarts entre ses attentes personnelles et la proportion risques/bénéfices exposée dans le projet de recherche ainsi que les répercussions directes possibles sur sa personne.

## **1.2 L'optimisme thérapeutique**

La référence au domaine du possible nous amène sur le terrain de l'espoir. Un espoir que l'on retrouve chez les personnes que l'on peut qualifier d'optimistes et où l'on ne voit pas, de prime abord, de raison de croire qu'il doive demeurer étranger au domaine de la recherche clinique. Il est peu surprenant qu'en pratique, il soit difficile de différencier la mésestimation des probabilités et une attitude optimiste face à son avenir personnel<sup>8</sup>. La chose demeure toutefois possible. Comme nous venons de le voir dans le cas de la mésestimation, on observe chez ces sujets la capacité de saisir les finalités de la

---

8. Pour le moment, soulignons que des tensions peuvent être observées lorsqu'il y a présence, simultanément, d'une logique du possible et du probable dans la relation entre le chercheur et son sujet : «Nonetheless, in every medical setting conflicts can arise between physicians or patients whose hopes are largely possibility-based and physicians or patients whose hopes are probability-based» : William M. Ruddick, «Hope and deception» (1999) 13 Bioethics 343 à la p. 351 [Ruddick].

recherche, mais de plus, elle s'accompagne ici d'une bonne compréhension des probabilités des risques et bénéfices. Même défavorable, le rapport entre ces éventualités est sans effet apparent sur l'attitude optimiste du participant dans la poursuite du protocole de recherche.

Puisqu'elle contribue de façon positive à l'évolution de l'état de santé du patient-sujet, il serait inapproprié de tenter d'imposer à celui-ci de renoncer à cette disposition. Il est même permis de croire que l'environnement de la recherche peut lui ménager une place :

A patient-subject is still a patient, even in the context of research, and if participating willingly and with understanding, she or he can hope for the best medical outcome without compromising the research partnership.<sup>9</sup>

Malgré cet apport positif, l'optimisme ne peut évidemment constituer, à lui seul, un fondement valable pour la participation à la recherche. Dans la pratique clinique, l'optimisme ne conditionne pas le rapport entre les risques et les bénéfices d'une intervention, l'intérêt de la personne étant en principe desservi par une intervention ayant un taux de réussite marginal. Ce réalisme devrait également inspirer la relation entre la recherche et l'optimisme thérapeutique. Si l'on associe parfois la valeur thérapeutique de l'espoir à celle d'un placebo<sup>10</sup>, le chercheur se doit de faire preuve de prudence et manifester une retenue «toute scientifique» quant aux effets positifs de la recherche sur le bien-être du sujet et ce beaucoup plus encore que dans un contexte clinique. L'optimisme du sujet ne peut alimenter des fins qui lui sont étrangères et se répercuter ainsi négativement sur l'exercice de son autonomie.

Sans doute faut-il même, dans certains cas, aller plus loin. Au-delà de la décision de contribuer au progrès scientifique, ceux qui risquent de perdre tout sens critique face à la procédure n'ont-ils pas également besoin de protection? La réserve qui doit être de mise lors la présentation des avantages possibles de la recherche pour la condition individuelle du sujet ne doit-elle pas s'accompagner d'une obligation «d'ingérence» à l'égard de ceux dont l'optimisme confine à l'aveuglement volontaire? Le chercheur responsable se

---

9. Horng et Grady, *supra* note 6 à la p. 14.

10. Ruddick, *supra* note 8 à la p. 345.

doit, selon nous, d'intervenir afin de permettre au sujet de se familiariser avec une perception plus proche de la «réalité scientifique»<sup>11</sup>.

### **1.3 Le malentendu thérapeutique (*therapeutic misconception*)**

A therapeutic misconception occurs when a research subject fails to appreciate the distinction between the imperatives of clinical research and of ordinary treatment, and therefore inaccurately attributes therapeutic intent to research procedures.<sup>12</sup>

Cette description de la notion de malentendu souligne que le sujet opère un transfert du contexte clinique à celui de la recherche. Il considère alors que le chercheur aura en tout temps, pour priorité ultime, ses intérêts en tant que patient. Cette vision est incompatible avec les finalités de la recherche dont l'une des caractéristiques premières est précisément de se soustraire aux impératifs de ce que le philosophe Charles Fried désigne comme le *personal care*<sup>13</sup>.

La première étude portant sur le phénomène de malentendu thérapeutique fut menée par le groupe de Paul Applebaum au début des années 80<sup>14</sup> et elle se déroula dans divers environnements psychiatriques. Elle confirma qu'un grand nombre de sujets participant à des recherches le faisaient avec la conviction que celles-ci étaient conçues avec une finalité identique à celle des soins usuels. De plus, même dans la mesure où les sujets identifiaient correctement les visées de la recherche, c'est-à-dire la production d'une connaissance scientifique générale, plusieurs d'entre eux percevaient mal les conflits, réels ou potentiels, qui existent entre la recherche et les soins thérapeutiques.

- 
11. Nous n'avons certes pas l'intention d'amorcer ici un débat sur la question de l'existence d'une telle «réalité» : «La réflexion scientifique, toute conjecturale et fragile qu'elle est, tire sa légitimité ultime d'un postulat métaphysique très solide : l'idée qu'il existe bien un monde extérieur au sujet connaissant, indépendant de lui et qui contraint notre savoir--même s'il ne le contraint parfois que très partiellement» : Marc Jacquemain, «La réalité morale et le sociologue» (2002) 94-95-96 Réseaux 119.
  12. Charles W. Lidz et Paul S. Appelbaum, «The Therapeutic Misconception : Problems and Solutions» (2002) 40 Medical Care 55 à la p. 57 [Lidz et Appelbaum].
  13. Charles Fried, *Medical Experimentation : Personal Integrity and Social Policy*, New York, American Elsevier Publishing Co., 1974 [Fried].
  14. Paul S. Appelbaum, «The Therapeutic Misconception : Informed Consent in Psychiatric Research» (1982) 5 International Journal of Law and Psychiatry 319 [Appelbaum,].

En résumé, les formes multiples d'incompréhensions qui surviennent en recherche clinique peuvent être illustrées à l'aide du tableau suivant<sup>15</sup> :

Concept	Definition	Ethical Significance	Example
<b>Therapeutic Misestimation</b>	The research subject underestimates risk, overestimates benefit or both	<b>Sometimes</b> tolerable because understanding the exact probability of harm and benefit may not be necessary for an autonomous decision to participate in research.	Susan estimates that she has a 30 % chance of benefit in the Phase I cancer trial. A meta-analysis of similar studies shows that benefit accrues to 5 % of subjects.
<b>Therapeutic Optimism</b>	The research subject hopes for the best personal outcome	<b>Always</b> tolerable because hope does not compromise the autonomy of a decision to participate in research.	Thomas hopes that he will be one of the 5 % who benefit from the Phase I cancer trial.
<b>Therapeutic Misconception</b>	The research subject conflates research with clinical care	<b>Rarely</b> tolerable because understanding the nature of research is necessary for an autonomous decision to participate	Mark believes that the purpose of the Phase I cancer trial is to help him personally

Comme le soulignent ces auteurs, le malentendu (*misconception*) est la forme la plus dommageable d'incompréhension qu'il soit possible de rencontrer en recherche clinique. Il peut en effet mettre directement en péril la relation de

---

15. Extrait de Horng et Grady, *supra* note 6 à la p. 12. Reproduit avec la permission des auteurs et de l'éditeur. Nous avons modifié la séquence de présentation des éléments pour les fins de cet article, mais le contenu du tableau est inchangé.

partenariat qui doit exister entre le chercheur et son sujet, de même que l'autonomie de ce dernier.

## **2. Le malentendu thérapeutique : son importance et ses sources**

Une fois constatées la réalité et l'importance du malentendu thérapeutique, il faut, si l'on veut tenter d'y remédier, en explorer les sources, et celles-ci sont loin d'être univoques.

### **2.1 L'importance du phénomène**

Bien que la prévalence du phénomène demeure à déterminer, la littérature fait état de nombreux exemples où recherche et thérapie sont confondues. Mais il est désormais bien établi que le «lieu» où il est possible de retracer la présence d'un malentendu se situe bien au-delà du domaine de la recherche en psychiatrie.

Nous avons déjà mentionné plus haut, à propos de la mésestimation, certaines recherches sur le cancer<sup>16</sup>. Ce domaine est, ici aussi, l'un des plus significatifs. La phase I classique, en recherche clinique, fait appel à des sujets sains qui se soumettent à des expériences visant à déterminer progressivement la toxicité de l'agent chimique sous examen et la dose maximale que l'être humain peut tolérer. L'aspect thérapeutique en est donc complètement absent. Par contre, lorsqu'il s'agit d'évaluer la chimiothérapie destinée à lutter contre le cancer, il est impensable, compte tenu des risques inhérents, de recruter des populations saines :

Because Phase I cancer trials use drugs that often produce their effects by causing damage to DNA, with attendant concerns about long-term carcinogenic consequences, subjects in Phase I cancer trials are never healthy volunteers.»<sup>17</sup>

L'on procède donc directement avec des sujets atteints de cancer. Dans ce contexte particulier, le malentendu thérapeutique s'exprime dans toute son

---

16. Ruth Macklin, «Understanding Informed Consent» (1999) 38 Acta Oncologica 83.

17. Matthew Miller, «Phase I Cancer Trials : A Collusion of Misunderstanding» (2000) 30 Hastings Cent. Rep. 34 à la p. 35 [Miller].



ampleur, en terme de disparité entre les bienfaits attendus par le sujet et la réalité scientifique observable. Alors que la littérature suggère que 5 % ou moins des participants vont, historiquement, en retirer un bénéfice personnel<sup>18</sup>, les participants sont attirés dans une large mesure par leur intérêt propre et non par l'altruisme<sup>19</sup>.

Une étude récente démontre même que les attentes des personnes qui participent aux recherches de phase I sont parfois jusqu'à dix fois supérieures à celles qu'autorisent les résultats habituels<sup>20</sup>. En toute logique, un tel écart entre la réalité clinique et l'espoir exprimé par les patients suggère au moins deux hypothèses : les patients sont mal informés ou ils ne comprennent pas correctement cette information. Préoccupés par les répercussions négatives de ces scénarios sur le consentement, des chercheurs se sont penchés plus attentivement sur la nature de ce malentendu.

Weinfurt et ses collègues<sup>21</sup> soulèvent un aspect important concernant les limites du processus de communication utilisé entre le chercheur et son sujet. Ainsi, il se pourrait que la différence observée entre la sobriété qu'inspirent les données de la science et les attentes très élevées exprimées par le sujet n'origine pas nécessairement des carences du processus de diffusion de l'information. Ainsi, l'atteinte à la qualité du consentement ne serait peut-être qu'apparente :

Patients may, without self-contradiction, affirm the frequency-type proposition that only 5 % of patient enrolled in phase I clinical trials receive a benefit, and also affirm the belief-type proposition that his or her individual chances of a good outcome are high. Patients may also utter expressions of belief in a high probability of a good outcome

- 
18. Christopher K. Daugherty, «Impact of Therapeutic Research on Informed Consent and the Ethics of Clinical Trials : A Medical Oncology Perspective» (1999) 17 *Journal of Clinical Oncology* 1601.
  19. Christopher K. Daugherty *et al.*, «Perceptions of Cancer Patients and Their Physicians Involved in Phase I Trials» (1995) 13 *Journal of Clinical Oncology* 1062.
  20. Neal J. Meropol *et al.*, «Discordant Perceptions of Patients and their Physicians Regarding Phase I Trials» (2002) 21 *Proceedings of the American Society of Clinical Oncology* 245. Dans cette étude, les trois quarts des participants à la phase I croyaient avoir au moins 50 % de chances d'obtenir des gains personnels.
  21. Kevin P Weinfurt *et al.*, «Patient Expectations of Benefit from Phase I Clinical Trials : Linguistic Considerations in Diagnosing a Therapeutic Misconception» (2003) 24 *Theoretical Medicine* 329.

for many purposes besides communicating information, and these purposes must be considered before evaluating the psychological health reflected in a particular expression of confidence. To conclude that patient's utterances about a high probability of benefit raise bioethical concerns about the quality of the informed consent process without such analysis might be hasty and overly simplistic.<sup>22</sup>

Selon ces auteurs, nous ne sommes donc pas forcément en présence d'un malentendu. En effet, l'information ainsi transmise publiquement par le sujet peut n'être que le reflet de ce qu'il conçoit en terme d'avenir personnel, de son optimisme, ou encore qu'un moyen de rassurer ses proches.

Afin de bien saisir l'importance du phénomène, il ne faut pas sous-estimer la présence d'un autre élément, d'ordre plus général. L'accessibilité restreinte aux soins de santé les plus nouveaux alimente les revendications d'un grand nombre de patients de mieux en mieux informés<sup>23</sup>. Dès lors, la possibilité de profiter d'une médecine de pointe incarnée par la recherche médicale exerce un attrait puissant. De plus, l'impact des pressions de ce lobby sur le milieu scientifique n'est donc pas négligeable et contribue à renforcer la perception d'un gain personnel pour les sujets de recherche<sup>24</sup>.

Cet accès est si prisé par les participants, que l'on assiste à un véritable retournement de la dynamique qui devrait inspirer la participation à la recherche : «Yet patients enrolled in these trials overwhelmingly cite hope of physical benefit (rarely altruism) as their primary motivation for enrolling»<sup>25</sup>. Matthew Miller dénonce cette situation où les participants aux recherches témoignent, paradoxalement, de leur reconnaissance : «In reality of course, it was they who were called on to make a sacrifice and whom any debt of gratitude was owed»<sup>26</sup>.

---

22. *Ibid.* à la p. 340.

23. L'influence de l'internet est un élément nouveau et non négligeable dans cette course à la thérapeutique de pointe.

24. Rebecca Dresser, *When Science Offers Salvation*, Oxford, Oxford University Press, 2001. L'auteure présente une vue d'ensemble de ce qu'est le mouvement de *Patient Advocacy* aux États-Unis et de son implication dans le milieu de la recherche médicale.

25. Miller, *supra* note 17 à la p. 36.

26. *Ibid.* à la p. 37.

## 2.2 Les sources du phénomène

La description du malentendu thérapeutique par Paul Applebaum et son groupe <sup>27</sup> pourrait laisser croire que la confusion repose entièrement sur les épaules des participants aux recherches cliniques. Pourtant, emprunter la seule voie de l'aveuglement volontaire aurait pour conséquence de réduire considérablement l'intérêt pour l'exploration des liens éventuels entre le concept de *therapeutic misconception* et le domaine de la responsabilité du chercheur : le noeud du problème se situant uniquement dans la sphère des motivations intimes de l'individu cherchant à se soustraire consciemment à la réalité scientifique, le chercheur ne serait pas en cause.

Encore une fois, la réalité est plus complexe et elle donne ouverture à la reconnaissance d'une origine plus diversifiée, comme le souligne Rebecca Dresser dans son étude récente :

I recognize that patient psychology plays a role in creating the therapeutic misconception. Yet I also believe that the research system, as well as society itself, does a great deal to foster the misconception.<sup>28</sup>

Il faut donc localiser les origines du malentendu tout autant chez le chercheur lui-même<sup>29</sup> que chez le sujet. Cette distinction est importante puisqu'elle permet de sortir le malentendu du contexte d'une simple forme de manipulation portant atteinte à l'autonomie<sup>30</sup>.

---

27. Appelbaum, *supra* note 14 à la p. 319.

28. Rebecca Dresser, «The Ubiquity and Utility of the Therapeutic Misconception» (2002) 19 *Social Philosophy & Policy* 271 à la p. 274 [Dresser].

29. Lars Noah, «Informed consent and the elusive dichotomy between standard and experimental therapy», (2002) 28 *American Journal of Law & Medicine* 361; Evan G. DeRenzo, Robert R. Conley et Raymond Love, «Assessment of Capacity to Give Consent to Research Participation : State-of-the-Art and Beyond» (1998) 1 *Journal of Health care Law & Policy* 66 à la p. 71; voir également Monica H. Schaeffer *et al.*, «The Impact of Disease Severity on the Informed Consent Process in Clinical Research» (1996) 100 *American Journal of Medicine* 261.

30. E. Fried, « Toleration by researchers of the TM in their subjects is a form of "informational manipulation" that renders consent procedures disrespectful to subject autonomy» (2001) 8 *Accountability in Research* 331.

### 2.2.1 Le sujet, source du malentendu

L'optimisme du patient malade face aux chances d'améliorer son état est un élément que l'on ne peut qu'encourager. Cependant, lorsqu'intervient la recherche, le patient devient un sujet et cette attitude ne peut l'éloigner outre mesure des données de la science.

Un type de recherche clinique utilisant des interventions chirurgicales fictives (*sham surgery*) a récemment permis de mettre en lumière la conviction profonde de certains sujets quant à la nature thérapeutique de la recherche. Réalisé aux États-Unis, cet essai portait sur la transplantation de tissu foetal chez des personnes souffrant de la maladie de Parkinson<sup>31</sup>. Il avait été convenu avec les participants que les sujets soumis à l'intervention fictive seraient éligibles pour recevoir l'intervention véritable, une fois ses aspects bénéfiques démontrés.

Au lieu de cela, devant des résultats comportant un taux de mortalité plus élevé que prévu chez les sujets soumis à la véritable procédure, les chercheurs décidèrent, pour des raisons évidentes de sécurité, de ne pas offrir l'intervention aux autres participants. La réaction de nombre de ceux-ci en fut une de consternation :

Surprisingly, rather than being relieved that they had undergone the apparently safer, sham surgery, several subjects were outraged (...). One woman said that she and her husband, who had participated in the study, felt they had been «double shammed» : first when they learned that her husband had undergone the sham procedure, and then when he was denied the real surgery on the basis of safety considerations.<sup>32</sup>

L'espoir qu'inspire la recherche peut ainsi se transformer en un sentiment de trahison lorsque le sujet réalise que son évaluation des bénéfices personnels était erronée. Cette erreur d'appréciation peut provenir, selon Nancy P. King<sup>33</sup>,

---

31. Ruth Macklin, «The Ethical Problems with Sham Surgery in Clinical Research» (1999) 341 New England Journal of Medicine 992 à la p. 994.

32. *Ibid.*

33. Nancy M. P. King, «Defining and describing benefit appropriately in clinical trials» (2000) 28 Journal of Law, Medicine & Ethics 332 à la p. 333 [King].

d'une incapacité à distinguer les trois types de bénéfices possibles issus de la recherche.

Le premier est le bénéfice direct: il touche la santé personnelle du sujet et découle de l'intervention sous étude. Le second est un bénéfice indirect, mais touchant également personnellement le sujet, et est lié aux retombées de sa participation à la recherche : il va de l'accès à un suivi médical particulier au sentiment de réconfort d'avoir posé un geste altruiste. Le troisième type de bénéfice est social : il affectera les futurs patients à la suite d'une conclusion favorable de l'étude<sup>34</sup>.

Malgré la nature distincte de ces divers bénéfices, les chercheurs doivent lutter contre la tendance naturelle à les fusionner lorsqu'ils parlent de retombées pour les sujets :

Thus there is a natural tendency for investigators and IRBs to indulge in «benefit creep». That is, to ensure that research considered beneficial to *society* can go forward, investigators and IRBs may exaggerate or even invent benefit to subjects.<sup>35</sup>

Ceci amène tout naturellement à se pencher sur la qualité de la communication entre le chercheur et son sujet, touchant aussi bien à la nature même du projet qu'aux risques et bénéfices attendus de celui-ci.

Même si la communauté scientifique mise sur un réel effort pédagogique à cet égard<sup>36</sup>, celui-ci a ses limites en raison du langage utilisé. Devant l'impossibilité de présenter la totalité des éléments qui constituent une recherche, il faut procéder au dévoilement, non seulement de ses éléments essentiels, mais aussi de ceux qui sont les plus significatifs, et ici la nuance est de taille, pour la personne à laquelle on s'adresse. Cet effort d'ajustement implique nécessairement que les termes employés devraient être choisis avec le plus grand soin. À l'évidence, le langage retenu aura un impact direct sur l'efficacité de la transmission de l'information.

---

34. Nous estimons pour notre part que la satisfaction purement morale de faire progresser la science au bénéfice de patients futurs devrait entrer dans la troisième catégorie.

35. King, *supra* note 33 à la p. 333.

36. Lidz et Appelbaum, *supra* note 12 à la p. 60.

Des chercheurs américains ont ainsi démontré, dans le contexte de la recherche médicale, l'existence d'un écart, parfois important, entre le sens attribué à un terme par le chercheur d'une part, et celui retenu par son sujet d'autre part<sup>37</sup>. Cette différence de compréhension de la terminologie est si importante qu'elle doit être parfaitement discernée, puisqu'elle peut affecter à elle seule la validité du processus de recrutement des participants : «(...) ability to give meaningful informed consent is severely diminished when their own connotations and denotations for terms do not coincide with researchers' usages in communicating with them»<sup>38</sup>. Sans entrer dans le détail de l'étude de Butters, retenons qu'il est même possible d'identifier l'influence de certains termes sur le désir de participation des personnes approchées :

First, potential subjects could be easily predisposed against participation by informed-consent disclosures that used the term *experiment* and *trial*, and perhaps *investigation* as well. Of these three, *experiment* is certainly the most powerful. Second, *medical research* and *medical study* carry favourable connotations that would tend to predispose subjects towards research participation; all three words—*medical*, *research*, and *study*--- have highly positive connotations, and as a modifier *medical* especially seems to be strongly associated with TREATMENT. Third, *medical experiment* generates negative connotations despite the positive valence of *medical*. Finally, *clinical trial* and *clinical investigation* are somewhat negative terms, but without quite such strong negative connotations as *medical experiment*.<sup>39</sup>

Un autre facteur vient encore perturber la compréhension des enjeux par le sujet. Depuis les dernières décennies, la recherche médicale a évolué vers ce qu'il est désormais possible de qualifier de véritable industrie de la recherche clinique. La poursuite incessante de l'amélioration de la performance des essais a mené à une diminution des délais dans le processus de recrutement des sujets. Ce processus porte des traces de l'intensité avec laquelle on s'efforce de «séduire» les sujets potentiels. Comme le souligne Mark Hochhauser, les essais cliniques sont maintenant désignés sous la forme d'acronymes évocateurs tels que «affirm», «alive», «bravo», «brillant», «courage», «excel», «great», «hero»,

---

37. Butters, Sugarman et Kaplan, *supra* note 1.

38. *Ibid.* à la p. 162.

39. *Ibid.*

«hope», «magic», «miracle», «protect», «proved», «rescue», «restore», «saved»<sup>40</sup>, pour n'en nommer que quelques-uns.

Ces désignations ne sont, selon toute apparence, pas «neutres» et elles peuvent en réalité donner l'impression que l'issue de l'essai est connue avant même que celui-ci ne soit terminé. «How can we realistically expect a prospective subject to appreciate fully the experimental nature of a trial with that kind of positive imagery?» dit encore Hochhauser<sup>41</sup>. N'est-il pas plus rassurant de participer à une «étude clinique» qu'à une expérimentation? Les termes utilisés ne sont pas indifférents et il faut dès lors être sensibilisé à cette réalité qui avantage une industrie réticente à dévoiler la réalité des essais cliniques :

The clinical trial brand name, the turning of potential risky experimentations into relatively safe «studies», the administration of «study medications» instead of experimental drugs and overestimating the therapeutic benefits of participating in clinical trials are all forms of doublespeak.<sup>42</sup>

L'imaginaire des personnes est donc en quelque sorte sollicité, tout comme pour les produits de consommation dans le contexte de la publicité. Les euphémismes côtoient des termes puissamment évocateurs avec une désinvolture difficilement conciliable avec l'objectif de tracer un tableau réaliste de la recherche.

Une question se pose alors : une meilleure explication de la terminologie et l'emploi de termes adéquats seraient-ils, à eux seuls, suffisants pour éviter les malentendus? Il est permis d'en douter, comme le souligne Butters :

It may be unrealistic for investigators to expect that simply explaining the use of randomization, placebos, and the like will undercut subjects' hopes for direct personal benefit from the research. (...)

---

40. Mark Hochhauser, «"Therapeutic Misconception" and "Recruiting Doublespeak" in the Informed Consent Process» (2002) 24 IRB 11 à la p.12. Voir figure 2, «Clinical Trial» «Brand Names». L'auteur relève ainsi une trentaine de termes «accrocheurs».

41. *Ibid.* à la p. 12.

42. *Ibid.*

Rather, it may be necessary to assault the beliefs that underlies the therapeutic distortions.<sup>43</sup>

Le sujet participant à la recherche est ainsi un acteur jouant un double rôle, à la fois source qui alimente le malentendu et, à certains égards, victime des influences extérieures.

Ces travaux ont tracé la voie aux études de Bamberg et Budwig sur le rôle des valeurs dans le déploiement du malentendu dans le milieu de la recherche<sup>44</sup>, que nous abordons un peu plus loin.

Ceci nous amène à aborder le rôle du chercheur.

### **2.2.2 Le chercheur, source du malentendu**

Bien que les travaux d'Appelbaum se soient déroulés, voici deux décennies, dans le milieu de la psychiatrie, ses conclusions concernant la prévalence du phénomène du malentendu thérapeutique soulignent qu'elles s'appliquent également à la recherche médicale en général<sup>45</sup> et au chercheur en particulier.

Les raisons de la contribution du chercheur au malentendu relèvent tout d'abord de deux facteurs liés à la nature de la recherche. Le premier est que même le protocole de recherche le plus éloigné de l'atteinte probable d'un bénéfice personnel immédiat peut, malgré tout, aider éventuellement les sujets. Le second est très similaire au premier, puisque les chercheurs parviennent à se convaincre que «(...) any given participant is just as likely to end up in the beneficial category as any other»<sup>46</sup>.

Mais il existe un autre facteur important, rattaché à la méthodologie de la recherche clinique et susceptible d'avoir un impact sur la conduite du

---

43. Butters, Sugarman et Kaplan, *supra* note 1 à la p. 12 (nos soulignés).

44. Michael Bamberg et Nancy Budwig, «Therapeutic Misconception : When the Voices of Caring and Research are Misconstrued as the Voice of Curing» (1992) 2 *Ethics & Behavior* 165 [Bamberg et Budwig].

45. Appelbaum, *supra* note 14 à la p. 328.

46. Frances H. Miller, «Trusting Doctors : Tricky Business When it Comes to Clinical Research» (2001) 81 *Boston U. Law Rev.* 423 à la p. 433 [Frances H. Miller].



chercheur : celui de l'équilibre clinique, ou *clinical equipoise*, propre aux essais cliniques randomisés.

Longtemps associés aux milieux médicaux universitaires, ces essais se déroulent de plus en plus souvent en milieu privé<sup>47</sup>. Cette tendance n'est pas de nature à amoindrir les tensions éthiques suscitées par la conduite de recherches cliniques au sein de milieux dédiés au volet thérapeutique. Comme nous l'avons déjà mentionné, certains patients désirant accéder à des thérapies de pointe s'offrent dès lors en plus grand nombre à y participer. Pour Kathleen Cranley Glass, «(...) the relevant participants in most randomized clinical trials are persons seeking medical care»<sup>48</sup>. Ce nouvel environnement contribue à placer les médecins, chercheurs ou non, devant la délicate situation où ils sont amenés à aider leurs patients à prendre une décision éclairée face à leur participation éventuelle à la recherche clinique.

Mais avant de se prononcer sur le bien fondé de cette participation, la recherche doit en tout premier lieu satisfaire à une exigence éthique, celle de *clinical equipoise*<sup>49</sup> ou équilibre clinique. L'Énoncé de politique des trois Conseils propose, de cette notion, la définition suivante :

Ce concept d'équilibre clinique signifie que les experts du milieu médical doutent sincèrement des mérites thérapeutiques comparés reliés à chaque groupe participant à un essai clinique. Il constitue les assises solides inspirant le devoir imposé aux chercheurs de ne pas affaiblir l'état de santé des sujets participants à un tel essai.<sup>50</sup>

- 
47. Donna T. Chen *et al.*, «Clinical Research and the Physician-Patient Relationship» (2003) 138 *Annals of Internal Medicine* 669. La recherche privée est celle qui échappe au contrôle des comités d'éthique de la recherche car elle se déroule hors des murs des universités et des hôpitaux. Le Groupe de travail en éthique clinique du Collège des médecins du Québec proposait récemment la création d'un registre provincial des projets de recherche ainsi que de la normalisation du fonctionnement des comités d'éthique de la recherche : (2004) XLIV *Le Collège* à la p. 6.
48. Kathleen Cranley Glass, «Clinical equipoise and the therapeutic misconception : Letter to the editor» (2003) 33 *Hastings Cent. Rep.* 5 à la p. 5.
49. Benjamin Freedman, «Equipoise and the Ethics of Clinical Research» (1987) 317 *New England Journal of medicine* 141 [Freedman].
50. Les trois Conseils, *supra* note 5, c. 7 (nos soulignés).

Qu'en est-il de ce devoir imposé aux chercheurs dans le domaine de la recherche clinique? Selon Miller et Brody<sup>51</sup>, les principes éthiques qui prévalent actuellement sont clairs puisqu'il s'agit des principes de bienfaisance et de non malfaisance. Ces derniers permettent de voir les «clinical trials through a therapeutic lens»<sup>52</sup>, une exigence qui aurait, un quart de siècle après la publication du Rapport Belmont et son entreprise de clarification conceptuelle<sup>53</sup>, pour effet de nuire aux efforts visant à départager la recherche du domaine des soins cliniques<sup>54</sup>.

Le rapprochement entre la recherche et la clinique peut également prendre la forme d'une symbiose parfaite lorsque l'on adhère à la *similarity position* voulant que l'éthique des essais cliniques puise ses fondements à la même source que ceux de la médecine thérapeutique. L'une des premières manifestations de cette position en bioéthique remonte à 1974, date de la parution de l'ouvrage clé<sup>55</sup> de Charles Fried, qui soutenait que la médecine se devait de favoriser une approche protégeant la fidélité aux intérêts des patients et non une médecine dévouée à la protection de la santé des populations. Il n'en fallait pas plus pour que cet auteur trouve la solution aux problèmes éthiques de la recherche dans les principes de l'éthique clinique. Le concept *d'équilibre clinique* fut donc créé dans la perspective de protéger les sujets de recherche de l'utilitarisme médical.

La plus grande faiblesse de la notion *d'équilibre clinique* telle que conçue alors par Fried repose sur le fait que son évaluation est faite par une seule personne, le médecin/chercheur. La publication de l'article clé de Benjamin Freedman<sup>56</sup> allait faire évoluer le concept vers sa forme actuelle, celle d'une

---

51. Franklin G. Miller et Howard Brody, «A Critique of Clinical Equipoise» : therapeutic misconception in the ethics of clinical trials (2003) 33 Hasting Center Report 19 [Miller et Brody].

52. *Ibid.* à la p. 20.

53. Robert J. Levine, «Clarifying the Concept of Research Ethics» (1979) 9 Hasting Cent. Rep. 21.

54. Sur la question du partage entre la recherche et la clinique, nous soutenons qu'avant de procéder à leur intégration, il faut identifier les tensions entre les loyautés distinctes que l'on retrouve chez le médecin/chercheur : Franklin G. Miller, Donald L. Rosentein et Evan G. DeRenzo, «Professional Integrity in Clinical Research» (1998) 280 JAMA 1449.

55. Fried, *supra* note 13.

56. Freedman, *supra* note 49.

vision collective partagée par les experts. Bien que durement critiqué dans la littérature<sup>57</sup>, il est indéniable que *l'équilibre clinique* demeure, en recherche, une norme incontournable<sup>58</sup> dont les effets se font sentir sur la relation entre le patient/sujet et le médecin/chercheur. Non pas seulement en raison de l'évolution d'un critère d'évaluation individuel à un critère collectif, mais également de par son rattachement aux principes de l'éthique clinique :

Clinical equipoise and all other forms of equipoise make sense as a normative requirement for clinical trials only on the assumption that investigators have a therapeutic obligation to the research participants.<sup>59</sup>

*L'équilibre clinique* est donc porteur d'un risque, on ne peut plus évident, de confusion entre recherche et clinique. Bien qu'il demeure la clé de voûte de la *similarity position*, un paradigme majeur en éthique de la recherche, il est possible d'observer une cassure entre la théorie et la pratique. En effet, comment, en se fondant sur de tels principes éthiques, arriver à justifier l'utilisation de placebos dans la recherche clinique?

Freedman and his colleagues argued that the use of placebo controls is unethical whenever proven effective treatment exists for the medical condition under investigation in a clinical trial because those randomized to placebo would receive treatment known to be inferior.<sup>60</sup>

Miller et Brody relèvent bien cette incohérence. Pour eux, il existe clairement une rupture entre la *similarity position* et la réalité de certains essais cliniques : l'observation des pratiques imposées par les autorités réglementaires, on pense notamment à la *Food and Drug Administration*, quant à l'utilisation de placebos en constitue une preuve évidente :

The anomaly therefore exists that much of today's bioethical thinking accepts clinical equipoise as an outgrowth of the similarity position,

---

57. Fred Gifford, «Community-Equipoise and the Ethics of Randomized Clinical Trials» (1995) 9 Bioethics 127.  
58. Les trois Conseils, *supra* note 5, c. 7.  
59. Miller et Brody, *supra* note 51 à la p. 25.  
60. *Ibid.* à la p. 24.

while the Federal regulations grew out of the work of the National Commission, which largely endorsed the difference position.<sup>61</sup>

Il existe donc une incompatibilité entre *l'équilibre clinique* et la *difference position* retenue par les autorités normatives<sup>62</sup> et voulant que la recherche et la clinique possèdent des fondements éthiques distincts.

Cette incertitude contribue indéniablement au développement du malentendu thérapeutique dans les rangs des médecins/chercheurs en quête de repères normatifs pour la conduite de la recherche clinique. D'une part, la présence de *l'équilibre clinique* ne peut qu'accentuer chez le médecin/chercheur la conviction d'être lié par les principes de l'éthique clinique. D'autre part, les exigences normatives modernes concernant la validité de la démarche scientifique imposent fréquemment la transgression de *l'équilibre clinique*, puisque la recherche se doit de mettre en présence d'une intervention connue une autre intervention dont on ignore la valeur thérapeutique définitive<sup>63</sup>. Comme le rappelle si bien Nancy P. King, «(...) equipoise is a reasonable difference of opinion about what *will be* the better *treatment* for future patients—not about what *is* better for current subjects»<sup>64</sup>.

En médecine moderne, la démarche qui vise à bâtir une éthique de la recherche totalement isolée de l'éthique clinique est probablement vouée à l'échec<sup>65</sup>. Si recherche et clinique ont leurs exigences propres et donc leurs règles éthiques spécifiques, celles-ci répondent quand même à un impératif commun, celui de la protection des personnes. Les participants doivent être pleinement conscients du rôle véritable attribué aux sujets de recherche tout en

---

61. *Ibid.* (nos soulignés).

62. Bien que cette opposition entre les exigences éthiques issues de l'équilibre clinique et la position des autorités normatives soit tirée de l'exemple américain, l'encadrement de la recherche en sol canadien comporte des signes de la même rupture. Tout en sachant que l'utilisation de placebos au Canada demeure une mesure sous haute surveillance du point de vue éthique, ces derniers restent autorisés par notre cadre normatif : Les trois Conseils, *supra* note 5, c. 7.4.

63. Eugene Passamani, «Clinical Trials --- are they Ethical?» (1991) 324 New England Journal of Medicine 1589.

64. King, *supra* note 33 à la p. 337.

65. Paul B. Miller et Charles Weijer, «Rehabilitating Equipoise» (2003) 13 Kennedy Institute of Ethics Journal 93.

sachant que celle-ci n'obéit pas à des standards inférieurs à ceux de l'éthique clinique en ce qui concerne leur sécurité.

En d'autres termes, si le principe de non malfaisance doit être respecté impérativement à l'égard des sujets de recherche à chacune des étapes de celle-ci, il n'en va pas de même du principe de bienfaisance. Robert Levine souligne à juste titre que les médecins/chercheurs «are not to allow the needs of science to override the values of medical practice»<sup>66</sup>.

Certaines considérations moins nobles peuvent également jouer un rôle dans le malentendu imputable aux chercheurs et jeter un doute sur leur volonté de le dissiper. Appelbaum met en garde contre cette réalité : «In addition, it is questionable whether investigators would be willing to be brutal about shattering subjects' therapeutic misconceptions»<sup>67</sup>.

Nous n'évoquerons ici que deux ordres d'intérêts susceptibles d'influencer la conduite du chercheur : la volonté de donner préséance au recrutement et à la participation des sujets afin de faciliter la poursuite de la recherche, et les intérêts économiques.

Dans la première catégorie, l'aspect peut-être le plus troublant concerne le doute exprimé par les auteurs sur la volonté des chercheurs d'informer leurs sujets sur des éléments essentiels : non seulement les objectifs de la recherche ont priorité sur les objectifs thérapeutiques, mais encore, certains aspects de la recherche «may turn out not to be in their best interests at all»<sup>68</sup>. Quand on sait que la perception des bénéfices personnels est «one of the most powerful incentives for subjects to agree to take part in research projects»<sup>69</sup>, il est facile de comprendre que la franchise à cet égard puisse paraître trop exigeante... Par ailleurs, fait surprenant s'il en est un, le médecin/chercheur est, dans ce contexte, exposé à des mécanismes de défense psychologique comparables à ceux que l'on observe chez le sujet et qui peuvent prendre la forme d'un optimisme irréaliste à l'égard de la procédure. Ou encore, proposer une participation à un

---

66. Robert J. Levine, «The "Best Proven Therapeutic Method" Standard in Clinical Trials in Technologically Developing Countries» (1998) 20 IRB 5 à la p. 8.

67. Appelbaum, *supra* note 14 à la p. 328.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.* à la p. 329.

programme de recherche peut n'être qu'un moyen d'éviter d'avoir à annoncer à un patient qu'il a atteint la phase terminale d'une maladie, ou que sont atteintes les limites de ce que la science médicale peut lui offrir.

Le second ordre d'intérêts vise des motivations d'ordre économique qui prennent la forme d'une compensation monétaire versée au médecin en échange de l'adhésion de l'un de ses patients à un protocole de recherche<sup>70</sup>. L'accélération de l'évolution de la recherche clinique, soumise aux contraintes de l'expérimentation sur des sujets humains, amène une quête constante de participants éventuels. Nous touchons ici au conflit d'intérêt au sens le plus trivial du terme<sup>71</sup>. Cet aspect des pressions économiques envahissant le domaine de la recherche médicale ne sera pas développé davantage ici, car il est à la fois fort vaste et complexe. Une remarque paraît cependant essentielle : l'on peut douter de l'efficacité d'un simple dévoilement des intérêts financiers. C'est le système même de participation financière des chercheurs qui doit être reconsidéré<sup>72</sup>.

Une véritable volonté de tromper le futur participant à une recherche serait un phénomène assez rare<sup>73</sup>. Il reste que toute «réticence» dans l'information donnée aux participants est éthiquement injustifiable en ce qu'elle perpétue une situation où la dignité de la personne, que le consentement éclairé doit en principe protéger, est menacée<sup>74</sup>. Qui donc doit assurer la qualité de l'information dispensée aux participants aux recherches cliniques? Sous l'angle structurel, compte tenu de leurs ressources limitées, comment les divers comités

---

70. E.-U., Department of health and human services offices of inspector general, *Recruiting Human Subjects : Pressures in Industry-Sponsored Clinical Research*, Boston HHS Office of Inspector General, 2000.

71. Janet Fleetwood, «Conflicts of Interest in Clinical Research : Advocating for Patient-Subjects» (2001) 8 Widener Law Symposium Journal 105 à la p. 109.

72. Frances H. Miller, *supra* note 46 à la p. 441. Position partagée par le National Bioethic Advisory Commission (NBAC) des Etats-Unis.

73. Paul S. Appelbaum, «Clarifying the Ethics of Clinical Research : A Path toward Avoiding the Therapeutic Misconception» (2002) 2 American Journal of Bioethics 22 aux pp. 23-24.

74. «In the presence of the therapeutic misconception, programs and practices that appear to expand patients' choices in reality allow them to be used, without their awareness, for the sake of advancing knowledge. Individuals may be both wronged and harmed when they are enrolled in research without having an adequate understanding of what that involves. Such enrollment violates the individual's dignitary interest in avoiding unwanted physical invasions.» (nos soulignés) : Dresser, *supra* note 28 à la p. 286.

d'éthique de la recherche peuvent-ils, comme le mentionne David Weisstub<sup>75</sup>, s'assurer que le processus demeure transparent auprès des sujets? Le cadre normatif adopté par les diverses autorités législatives nationales afin de protéger les personnes participant aux recherches est-il en définitive à la merci de simples formulaires de consentement? Malgré les efforts visant à rendre le contenu de ces formulaires plus accessible<sup>76</sup>, des études tendent à démontrer que, dans le processus de prise de décision, leur valeur demeure toute relative :

From a broader perspective, however, consent forms may be least of the problems. As noted earlier, empirical evidence indicates that consent forms have relatively little impact on many prospective research participants. Instead, patients often form impressions about studies based on discussions with their personal physicians.<sup>77</sup>

Cette observation est capitale en ce qu'elle établit un lien entre l'échange qui se déroule lors de la relation patient-médecin, à laquelle nous ajoutons le chercheur<sup>78</sup>, et la prise de décision concernant la participation éventuelle au projet de recherche. Il faut se rendre à l'évidence : malgré la progression de la qualité des formulaires, le consentement est, dans une large mesure, tributaire de la relation de confiance entre le chercheur et son sujet.

Dès lors que la «voix thérapeutique» cherche à supplanter la «voix de la recherche»<sup>79</sup>, peut-on promouvoir des mesures de protection contre le malentendu thérapeutique?

---

75. «By and large, we have established the fact that subjects are often unaware that they are even participating in experimentation, despite the physician's adherence to well-worked legal requirements. This limitation persists even where institutional review boards have taken their supervisory role seriously : David N. Weisstub, «Roles and Fictions in Clinical Research Ethics» (1996) 4 Health L.J. 259 à la p. 274.

76. Est-il besoin de préciser que ces formulaires sont parfois signés sans même avoir été consultés par ceux qui projettent de participer à des recherches : Daryl Pullman, «Subject comprehension, standards of information disclosure and potential liability in research» (2001) 9 Health L.J. 113.

77. Dresser, *supra* note 28 à la p. 277. (nos soulignés).

78. Pour Janet Fleetwood, on rencontrerait le malentendu thérapeutique principalement dans la situation où le médecin traitant est également le chercheur : Janet Fleetwood, «Conflicts of Interest in Clinical Research: Advocating for Patients-Subjects» (2001) Widener L. Symp. J. 105.

79. Bamberg et Budwig, *supra* note 44.

### **3. Des mécanismes de protection contre le malentendu**

Une compréhension réelle des enjeux en cause dans le malentendu thérapeutique peut certes amener des modifications plus profondes que de simples correctifs extérieurs. La recherche de solutions passe actuellement par le modèle classique de la communication. L'utilisation de mécanismes externes à la relation entre le chercheur et son sujet est à l'étude et démontre des signes prometteurs<sup>80</sup>. Mais il faut avant tout se pencher sur les valeurs qui animent les divers acteurs.

#### **3.1 Pour une meilleure compréhension des enjeux : l'influence des valeurs préexistantes**

If the core of the matter lies with the identification of the two different value orientations, then it is the perspective from which the process is directed that matters and not who is directing the process. Consequently, one way of clarifying potential differences in value orientations is a joint discussion of both parties' beliefs and hopes.<sup>81</sup>

Les travaux de Bamberg et Budwig permettent de développer un peu plus les conclusions d'Applebaum concernant l'importance des valeurs dans la genèse du malentendu.

Ces auteurs abordent la question de l'évaluation de la compréhension des sujets en ce qui a trait au processus de recherche. Ils ont identifié une difficulté relative à la fonction habituellement dévolue au consentement éclairé : celle d'une réduction au transfert d'information qui est présent notamment dans la «métaphore du conduit» ou *conduit metaphor*<sup>82</sup>. Ce modèle interprète essentiellement le langage comme un véhicule permettant le transfert d'information entre un émetteur et un récepteur. Encore faut-il que ce langage puisse être compris, comme le démontre la littérature qui illustre l'écart entre la

---

80. National Bioethics Advisory Commission, *Research Involving Persons with Mental Disorders That May Affect Decisionmaking Capacity*, décembre 1998, en ligne : Georgetown University <<http://www.georgetown.edu/research/nrcbl/nbac/capacity/TOC.htm>>.

81. Bamberg et Budwig, *supra* note 44 à la p.182.

82. *Ibid.* à la p. 169.



capacité de compréhension générale et les exigences requises pour comprendre les protocoles de recherche<sup>83</sup>.

Les auteurs, tout en reconnaissant la prédominance de ce modèle, le rejettent parce qu'il est trop axé sur l'aspect qualitatif de l'information : une telle voie est insuffisante pour évaluer la performance de l'échange entre le chercheur et le sujet lors de l'obtention du consentement dit éclairé. Ils rappellent qu'il existe des tensions entre les voix du *caring* (action de prendre soin) et du *curing* (action de guérir). La recherche, de par sa situation en milieu de soins thérapeutiques, se retrouve associée, bien malgré elle, à ces derniers :

(...) the specialty of the situation of doing research in a health care setting promotes a tendency to construe research as a component of curing, that is, as part of the institutionalized sequencing of finding out what is wrong (anamnesis) in order to cure (treatment).<sup>84</sup>

Mais ce qui ressort avec le plus d'éclat des travaux de Bamberg et Budwig, c'est que le malentendu thérapeutique ne peut être expliqué sur la seule base de la qualité des informations transmises. Le malentendu ne se situe pas à ce niveau, mais bien à celui de la conceptualisation du rôle de la recherche :

Rather, the misconception takes place on both ends of the negotiation—the nurse/researcher and the patient/subject. Put differently, the misconception emerges in and out of the informed consent discussion. As such, the misconception is not grounded at the level of information disclosure but, rather, at the level of prior conceptions or beliefs about the different roles of research and health care.<sup>85</sup>

L'impact de cette position est considérable sur la détermination de la responsabilité respective des chercheurs et des sujets dans le malentendu, puisque celui-ci résulte moins d'une interprétation incorrecte du message par le

---

83. Sharona Hoffman, «Regulating clinical research : informed consent, privacy, and IRBS» (2003) 31 Capital U. L. Rev. 71 à la p. 84. Voir également, Stuart A. Grossman, Steven Piantadosi et Charles Covahey, «Are Informed Consent Forms That Describe Clinical Oncology Research Protocols Readable By Most Patients and Their Families?» (1994) 12 Journal of Clinical Oncology 2211 à la p. 2212.

84. Bamberg et Budwig, *supra* note 44 à la p. 179.

85. *Ibid.* aux pp. 180-181.

récepteur ou d'une conception incorrecte par l'émetteur, que des présupposés qui animent les deux parties. Ainsi, peu importe la qualité du message transmis, la rupture se situe à un autre niveau.

### 3.2 Quelques mesures concrètes

Les mesures concrètes comprennent tout geste visant à dissocier l'image de la recherche comme étant une composante particulière des traitements. La tâche est cependant proportionnelle au défi considérable auquel la recherche est confrontée. En ce sens, Charles W. Lidz et ses collaborateurs ont confirmé très récemment que l'ampleur du phénomène qu'est le malentendu est encore plus importante que ce que leurs travaux initiaux avaient révélé<sup>86</sup>.

Rebecca Dresser affirme qu'il est possible de réagir à cette situation selon deux modes distincts<sup>87</sup>. Le premier est de tolérer le malentendu puisqu'il est une composante inévitable du système de recherche. Le second, auquel nous souscrivons, est basé sur des tentatives visant, à défaut de l'éradiquer, à en diminuer au moins l'importance.

Même si, selon certains auteurs, l'incompréhension concernant la distinction entre la recherche et la clinique est profonde<sup>88</sup>, nous estimons que la communauté scientifique a le devoir de se pencher sur l'élaboration de stratégies visant à diminuer l'importance du phénomène.

Le simple fait d'exiger que les personnes qui initient le premier contact en milieu hospitalier ne soient pas les chercheurs qui réaliseront l'étude, serait en soi un bon début. Le recours à ce qu'Applebaum *et al.* appellent un *neutral*

---

86. Charles W. Lidz *et al.*, «Therapeutic misconception and the appreciation of risks in clinical trials» (2004) 58 Social Science & Medicine 1689. Cette dernière étude porte sur les éléments du consentement éclairé tel qu'imposés par le législateur américain désignés par la l'expression usuelle de *Common Rule* 45 C.F.R. 46) et similaires au droit canadien en ce qui a trait au dévoilement des risques et bénéfices liés à une intervention dans le domaine de la recherche clinique[Lidz *et al.*].

87. Dresser, *supra* note 28 à la page 290

88. Lidz *et al.*, *supra* note 86 à la page 1696.

*explainer*<sup>89</sup>, un interlocuteur neutre, pourrait envoyer au patient un message clair quant à la distinction importante existant entre le milieu thérapeutique et celui de la recherche<sup>90</sup>. Celui-ci pourrait ainsi contribuer à éviter de présenter la recherche simplement comme une nouvelle intervention, mais plutôt comme «an intervention with little evidence suggesting whether effects will be beneficial or harmful»<sup>91</sup>.

Cette dernière observation pourrait, par exemple, se concrétiser dans le formulaire de consentement d'une étude de phase I par l'ajout d'une mention du type «This medical research project is not expected to benefit you»<sup>92</sup>.

De plus, cet intervenant externe pourrait aborder plus facilement des questions aussi délicates, mais fondamentales, que celles entourant l'intérêt de la personne à ne pas participer à l'étude. Une telle attitude d'ouverture pourrait peut-être même raffermir le sentiment de confiance de ceux qui décideraient malgré tout d'aller de l'avant, et les chercheurs devraient poursuivre dans cette voie en dévoilant clairement que leur objectif premier vise les patients futurs<sup>93</sup>.

Tout un ensemble de signes environnementaux prêtant à confusion pourraient également être modifiés : des mesures simples, visant à marquer la rupture avec le milieu thérapeutique, allant de l'abandon du sarrau blanc au choix d'un lieu de rencontre avec les patients différent de celui où ils reçoivent leurs soins usuels.

Finalement, c'est tout le discours entourant le domaine de la recherche qui devrait mieux refléter la véritable nature de la science :

(...) references to research «breakthroughs» and «medical miracles»  
must be replaced with languages depicting the true course of

- 
89. Paul S. Appelbaum *et al.*, «False Hopes and Best Data: Consent to Research and the Therapeutic Misconception» (1987) 17 Hastings Cent. Rep. 20 à la page 23 [Appelbaum *et al.* «False Hopes»].
90. Dresser, *supra* note 28 à la page 291.
91. Nancy E. Kass *et al.*, «Trust: The fragile foundation of contemporary biomedical research» (1996) 26 Hastings Cent. Rep. 25 à la page 28 [Kass *et al.*].
92. Jonathan Moreno *et al.*, «Updating Protections for Human Subjects Involved In Research», (1998) 280 JAMA 1951 à la p. 1954.
93. Kass *et al.*, *supra* note 91 à la p. 28.

science—slow and incremental advances combined with multiple setbacks and stumbling blocks.<sup>94</sup>

Ainsi, la nécessité d'apporter des changements implique une mobilisation non seulement du milieu de la recherche, mais également de tous ceux qui ont une influence sur la diffusion de l'information scientifique dans le public en général.

### **Conclusion**

L'importance du malentendu est indéniable et il faut sans aucun doute lutter contre ce phénomène. Mais est-il possible de le faire efficacement? La première étape est celle de la prise de conscience, qui doit ensuite guider une démarche de compréhension adéquate de celui-ci.

Le malentendu affecte la perception, par le sujet, des risques et bénéfices liés à la recherche, limitant de ce fait son libre arbitre dans sa décision d'y participer. La défense de ses intérêts impose que l'on examine attentivement cette restriction à l'autonomie des personnes. En effet, l'un des effets pervers du malentendu est qu'il permet de donner priorité, sans que le sujet le sache, aux intérêts d'autres personnes partageant sa condition, à ceux des chercheurs et, finalement, à ceux de la société dans son ensemble.

La nature même du malentendu est celle de l'erreur. Peut-on justifier l'avancement de la science sur une incompréhension qui, ultimement, pourrait augmenter la méfiance à l'égard de la recherche en santé? Les chercheurs ne peuvent mettre en péril leur fragile capital de sympathie durement malmené par les trop nombreux dérapages antérieurs : «Enough experience of this sort could further heighten public antipathy to medical research, particularly if they are publicized as some have been»<sup>95</sup>.

Assistons-nous au déclin du consentement éclairé tel que nous le connaissons? Il est possible de répondre par la négative puisque les exigences d'une meilleure communication ne sont pas, en soi, un objectif irréaliste. Les

---

94. Dresser, *supra* note 28 à la p. 293.

95. Appelbaum *et al.* «False Hopes», *supra* note 89 à la p. 24.

faiblesses du modèle traditionnel ne le condamnent pas pour autant irrémédiablement. Une véritable prise de conscience de ses limites laisse intacte la possibilité de bonifier une démarche utilisée depuis des décennies. Au-delà des considérations légales, qui trahissent ses origines, le consentement éclairé s'ouvre sur l'exigence d'un partage de l'information qui délaisse, pour un moment, les seuls paramètres scientifiques et juridiques pour inclure le volet essentiel que constituent les finalités de la recherche.

Le malentendu thérapeutique témoigne de la complexité et de la difficulté d'établir une communication véritable entre le chercheur et le sujet. On ne peut plus faire l'économie d'une analyse approfondie des valeurs soutenant la démarche qui fait appel à des sujets humains. Le modèle scientifique, qui a tenté d'intégrer parfaitement les aspects juridiques du consentement éclairé, doit dépasser ceux-ci et affronter les défis éthiques posés par la recherche sur l'humain : ceux-ci imposent le recours à une plus grande transparence.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES TRACES DU DÉBAT SUR LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE  
CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR  
SUPRÊME DU CANADA

**Auteur(s) :** Stéphane BERNATCHEZ

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 165-288

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11878>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11878>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## LES TRACES DU DÉBAT SUR LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA

par Stéphane BERNATCHEZ\*

*Le débat en théorie constitutionnelle sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité influence les décisions rendues par la Cour suprême du Canada. D'une part, les juges s'en inspirent pour légitimer leur propre action constitutionnelle sous le régime de la Charte canadienne des droits et libertés. Plusieurs arrêts de la Cour suprême font d'ailleurs état de ce discours d'auto-légitimation. D'autre part, l'incertitude relative à la légitimité du pouvoir judiciaire se traduit par des attitudes de retenue et d'activisme. Ainsi, la politique judiciaire, l'interprétation constitutionnelle et législative, la limitation des droits sous l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés et la détermination des sanctions d'inconstitutionnalité sont déterminées en fonction de ces justifications du contrôle constitutionnel. Les théories de la légitimité peuvent d'ailleurs servir à évaluer les positions prises par les juges dans le cadre du contrôle judiciaire de constitutionnalité.*

---

*Decisions rendered by the Supreme Court of Canada have been influenced by the constitutional theory debate on the legitimacy of judicial review. On the one hand, judges have drawn on it in order to validate their own constitutional actions under the Canadian Charter of Rights and Freedoms. Indeed, many Supreme Court cases have utilized this type of justificatory discourse. On the other hand, uncertainties surrounding the legitimacy of judicial power are manifested by attitudes of restraint and activism. Thus, judicial policy, constitutional and legislative interpretation, the limitation of rights under section one of the Charter and the declaration of constitutional invalidity are determined in light of these justifications of constitutional judicial review. Theories of legitimacy can likewise serve to assess stances taken by judges in this context.*

---

\*. Chargé de cours et candidat au doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal. L'auteur remercie, pour leur lecture critique de versions préliminaires de ce texte, les constitutionnalistes Danielle Pinard, François Chevette et José Woehrling. La recherche a été subventionnée par le CRSH.



## SOMMAIRE

<b>1.</b>	<b>Les discours d'auto-légitimation de la Cour suprême .....</b>	<b>171</b>
<b>2.</b>	<b>La politique judiciaire en matière constitutionnelle .....</b>	<b>193</b>
	<i>L'intérêt pour agir .....</i>	<i>195</i>
	<i>L'intervention .....</i>	<i>197</i>
	<i>Le caractère théorique ou hypothétique .....</i>	<i>200</i>
	<i>La fonction consultative .....</i>	<i>201</i>
	<i>La preuve constitutionnelle .....</i>	<i>202</i>
	<i>L'application de la Charte .....</i>	<i>206</i>
<b>3.</b>	<b>L'interprétation .....</b>	<b>209</b>
	<i>Approches interprétatives .....</i>	<i>210</i>
	<i>L'interprétation de certains droits .....</i>	<i>222</i>
	<i>La théorie de l'imprécision .....</i>	<i>229</i>
<b>4.</b>	<b>La limitation des droits et libertés .....</b>	<b>234</b>
	<i>La construction du test de l'article premier et son évolution .....</i>	<i>234</i>
	<i>Les difficultés internes du test de l'arrêt Oakes .....</i>	<i>246</i>
	<i>L'abandon du test instrumental de l'arrêt Oakes .....</i>	<i>251</i>
	<i>L'article premier et le dialogue .....</i>	<i>257</i>
	<i>La fonction de l'article premier .....</i>	<i>262</i>
<b>5.</b>	<b>Les sanctions d'inconstitutionnalité .....</b>	<b>269</b>
	<i>La confusion conceptuelle .....</i>	<i>272</i>
	<i>Le choix de la sanction, le dialogue et le système juridique .....</i>	<i>276</i>
	<b>Conclusion .....</b>	<b>284</b>

«En d’autres termes, le système des catégories dans lequel se pensent aujourd’hui la démocratie et le pouvoir du juge est certainement – en tout cas, ce sera la thèse ici défendue – l’obstacle majeur à une compréhension de la justice constitutionnelle»<sup>1</sup>.

Mon hypothèse est double : (1) alors que, dès 1985<sup>2</sup>, le juge Lamer invitait les juges à se débarrasser de tout doute concernant la légitimité de leurs décisions sous la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>3</sup> [Charte], cette question continue d’être omniprésente dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada<sup>4</sup>; au surplus, (2) les positions prises par les juges quant à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité peuvent servir à expliquer les décisions rendues par la Cour suprême. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême reconnaissait d’ailleurs que l’intervention judiciaire «est subordonnée à l’appréciation que la Cour fait du rôle qui lui revient dans

- 
1. Dominique Rousseau, «Pour une Cour constitutionnelle ?» (2002) 1/2 R.D.P. 363 à la p. 365 [D. Rousseau].
  2. *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 au para. 16 [*Renvoi sur la Motor Vehicle Act*] : «On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité».
  3. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l’annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c.11 [Charte].
  4. C’est aussi l’avis de l’ex-juge Bertha Wilson, première femme nommée à la Cour suprême du Canada en 1982. L’honorable Bertha Wilson, «Constitutional Advocacy» (1992) 24 *Ottawa L. Rev.* 265 aux pp. 269-270 [B. Wilson] : «Although Lamer J. stated in the *Reference Re Section 94(2) of the Motor Vehicle Act*, that "adjudication under the Charter must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy", in fact the lingering doubts remain». Elle ajoute plus loin : «The doubt about the legitimacy of judicial review persists and finds expression by different members of the Court in different ways -- in terms of a distinction made between law and policy, law being for the courts and policy for governments, or in terms of courts not getting into the wisdom as opposed to the *vires* of the legislation (the pre-*Charter* Laskin concern), or perhaps the most straightforward rationale, namely the concept of the courts owing deference to the legislature as the elected representatives of the people». Ce lien entre la conception qu’a le juge de son rôle et les résultats judiciaires a déjà été souligné, concernant l’interprétation juridique, par Chaïm Perelman, *Logique juridique, nouvelle rhétorique*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1979 au n° 96 à la p. 175 : «Selon qu’il accorde plus ou moins d’importance au principe de la séparation des pouvoirs, et selon la manière dont il conçoit l’autonomie du pouvoir judiciaire, malgré le primat accordé au pouvoir législatif, le juge se croira obligé, du moins formellement, de se conformer strictement à la lettre de la loi, ou à la volonté du législateur qui l’a votée, ou, en s’avisant que tout le droit n’est pas dans la loi, il reconnaîtra que son rôle est de concilier le droit avec l’équité».

notre système constitutionnel»<sup>5</sup>. En rendant ses décisions, la Cour suprême cherche notamment à assurer sa propre légitimité<sup>6</sup>.

En ce sens, le débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'a pas qu'un intérêt académique ou théorique, il se manifeste également dans les contrôles judiciaires de constitutionnalité, justifiant même les résultats de nombreuses décisions. Déjà en 1952, Eugene Rostow faisait ce même constat à propos de la Cour suprême des États-Unis, lorsqu'il soutenait que l'incertitude quant au caractère démocratique du contrôle judiciaire est un facteur déterminant de la décision :

The idea that judicial review is undemocratic is not an academic issue of political philosophy. Like most abstraction, it has far-reaching practical consequences. I suspect that for some judges it is the mainspring of decision, inducing them in many cases to uphold legislative and executive action which would otherwise have been condemned. Particularly in multiple opinions of recent years, the Supreme Court's self-searching often boils down to a debate within the bosoms of the Justices over the appropriateness of judicial review itself.<sup>7</sup>

Souvent, la différence entre un jugement concluant que la norme contestée est compatible avec la *Charte* et un autre qui en déclare l'inconstitutionnalité, ou entre le jugement majoritaire et l'opinion minoritaire, dépend largement du choix entre la déférence à l'égard du législateur et un certain activisme judiciaire. Voilà la thèse que je veux soutenir ici en montrant comment les résultats du contrôle judiciaire de constitutionnalité sous le régime de la *Charte* demeurent dépendants des représentations qu'entretiennent les juges quant à la légitimité de leur action constitutionnelle. Cette argumentation ne peut se faire ici qu'à partir d'une analyse du discours judiciaire et, plus particulièrement, de celui de la Cour suprême du Canada.

---

5. [1998] 2 R.C.S. 217 au para. 98.

6. Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs : le discours judiciaire et le droit*, Paris, PUF, 1997; Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris, PUF, 2002. Dans ses analyses de la jurisprudence relative aux droits des minorités, Andrée Lajoie a montré que la légitimité judiciaire était liée à l'adhésion aux valeurs dominantes de la société.

7. Eugene V. Rostow, «The Democratic Character of Judicial Review» (1952) 66 Harv. L. Rev. 193 à la p. 194 [E. V. Rostow].

Ces représentations trouvent leurs fondements dans des conceptions du droit, de la séparation des pouvoirs et de la démocratie que l'on peut associer aux différentes théories du droit. Par exemple, plusieurs tenants de la retenue judiciaire s'inscrivent dans une perspective que l'on peut associer au positivisme juridique. En vertu de ce paradigme juridique hérité de la modernité politique, la légitimité démocratique se conceptualise selon le modèle de la démocratie représentative et de la rationalité formelle<sup>8</sup>. En conséquence, le sort de la norme juridique sous examen dépend directement des considérations sur le pouvoir judiciaire et ses limites dans une démocratie qui accorde la priorité au suffrage universel, à la règle de la majorité et à la représentation. Selon cette conception élémentaire de la démocratie, les juges doivent respecter les décisions des élus et s'abstenir de leur substituer leurs propres préférences, opinions ou valeurs. À l'inverse, les partisans de l'activisme judiciaire soutiennent que les individus ont des droits moraux qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre des lois ou décisions prises par la majorité. En construisant l'interprétation des garanties constitutionnelles, les tribunaux doivent définir les droits et les principes juridiques qui les sous-tendent, ce qui les amène à formuler de nouvelles normes juridiques, et à élaborer les moyens nécessaires pour leur mise en œuvre.

Sous le régime de la *Charte*, l'on retrouve des traces du questionnement «existentiel» des juges dans les arrêts de la Cour suprême du Canada, et ce, en dépit du fait que la Cour suprême ait tenté de dissiper le malaise antidémocratique des juges. La présence du doute antidémocratique dans les jugements découlerait du fait que «la Cour suprême est incapable de justifier convenablement, au plan théorique, ses pouvoirs constitutionnels puisqu'elle demeure sensible, à tort, à cette vision dogmatique de la démocratie»<sup>9</sup> : «[...] la Cour suprême n'a pu résoudre elle-même les contradictions qui entravent sa démarche. D'une part, elle semble reconnaître le bien-fondé, voire le caractère incontournable, du paradigme démocratique élémentaire (principe de retenue judiciaire). D'autre part, pourtant, elle semble s'arroger des pouvoirs qui

---

8. Michel Coutu, «Légitimité et Constitution : les trois types purs de la jurisprudence constitutionnelle» (2004) 56-57 *Droit et Société* 233 [M. Coutu].

9. Karim Benyekhlef, «Démocratie et libertés: quelques propos sur le contrôle de constitutionnalité et l'hétéronomie du droit» (1993) 38 R.D. McGill 91 à la p. 100 [K. Benyekhlef].

contredisent, voire nient, le paradigme démocratique élémentaire. Il y a antinomie dans l'action»<sup>10</sup>.

Parce qu'elle adopte à la fois des approches de retenue et d'activisme judiciaires, la jurisprudence de la Cour suprême se trouve non seulement à refléter cet imbroglio sur la légitimité de la justice constitutionnelle, mais aussi elle y contribue et l'alimente directement. En effet, tandis qu'elle énonce que les juges doivent être convaincus de la légitimité de leur action constitutionnelle, la Cour continue par ailleurs de tergiverser en faisant valoir l'argument antidémocratique selon lequel le contrôle judiciaire du pouvoir législatif serait contraire à la nature des institutions démocratiques canadiennes.

Les tableaux où se joue le débat sur la légitimité du juge constitutionnel canadien correspondent aux principaux aspects de la *Charte* dont la Cour suprême eut à décider jusqu'à maintenant. Les quatre grandes questions qui ont marqué la jurisprudence de la Cour soulèvent toutes, à leur manière, le rapport que le pouvoir judiciaire entretient avec les pouvoirs constituant, législatif et exécutif :

C'est ainsi que [la Cour suprême] s'attacha tout d'abord à fournir des indications sur l'approche interprétative (large, généreuse et progressiste) qu'il convient que les tribunaux adoptent. Elle dut par la suite assez rapidement définir les paramètres d'application de l'article premier de la *Charte*, ce qui constituait probablement le principal défi d'une première phase interprétative; elle élaborà à cette occasion un *test* comportant différents volets, ce qui permit par la suite de structurer la discussion et de faciliter l'application de cet article. La Cour eut par ailleurs rapidement à se prononcer sur la difficile question du domaine d'application de la *Charte* ainsi que, plus récemment, sur l'étendue des remèdes disponibles à l'encontre des lois fautives.<sup>11</sup>

---

10. *Ibid.* aux pp. 99-100.

11. Jacques Frémont, «La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation» dans *Droit contemporain 1994, Canadian National Report, XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, Athènes, août 1994, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1995, 644 à la p. 663* [J. Frémont].

Le présent texte entend donc examiner ces différents éléments, en plus d'en ajouter quelques-uns reliés à des questions de procédure et de preuve, en proposant pour chacun d'eux une critique analytique fondée sur la pratique du droit constitutionnel au Canada, une approche qui se concentre principalement sur l'analyse du discours, de l'argumentation et du raisonnement se manifestant dans la jurisprudence de la Cour suprême. Le présent article veut montrer la prégnance du doute concernant la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité dans la jurisprudence de la Cour suprême sous le régime de la *Charte*. Mais d'abord, il s'agit de faire état des discours de la Cour suprême relativement à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

## **1. Les discours d'auto-légitimation de la Cour suprême**

Lorsqu'elle aborde directement la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, la Cour suprême, dans sa rhétorique d'auto-légitimation, fournit elle-même la première trace du débat. La réflexion que mènent les juges quant à leur légitimité démocratique, c'est-à-dire quant aux limites légitimes de leur action constitutionnelle, fait partie intégrante du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Jusqu'à présent, la Cour suprême a tenté de légitimer son rôle constitutionnel en avançant plusieurs arguments, résumés comme suit par le juge Iacobucci dans la célèbre affaire *Vriend c. Alberta* [*Vriend*] :

De fait, il se passe rarement une journée, semble-t-il, sans qu'on entende des commentaires ou des critiques selon lesquels la Charte permet aux tribunaux d'usurper le rôle du législateur. Je crois que ces propos reflètent une méconnaissance de ce qui s'est passé et de ce que l'on cherchait à accomplir quand notre pays a adopté la Charte en 1981-1982.

131 Lorsque la Charte a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle, pour reprendre les propos de l'ancien juge en chef Brian Dickson («Keynote Address», dans *The Cambridge Lectures 1985* (1985), aux pp. 3 et 4). Plus simplement, chaque citoyen canadien a reçu des droits et des libertés qu'aucun gouvernement ni aucune législature ne pouvait lui reprendre. Ces droits et libertés n'étant pas absolus, toutefois, les gouvernements et les législatures pouvaient justifier la restriction ou la violation de ces droits constitutionnels en conformité avec l'article premier, ainsi que je l'ai

déjà expliqué. Il était inévitable que surgissent des litiges concernant la portée des droits et leur justification et que les tribunaux soient appelés à les régler. Dans de nombreux pays, l'importante tâche de la révision judiciaire a été confiée à la cour suprême ou à la cour constitutionnelle (pour une excellente analyse de cette tendance nouvelle, voir D. M. Beatty, dir., *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective* (1994); B. Ackerman, «The Rise of World Constitutionalism» (1997), 83 Va. L. Rev. 771).

132        Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la Charte, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles.

133        Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalides des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la «légitimité» d'une telle action par les tribunaux. Comme A. M. Bickel l'exprime éloquemment dans son remarquable ouvrage *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* (2e éd. 1986), [TRADUCTION] «cela contredit la volonté des représentants du peuple» (p. 17). Ainsi, les tenants de cette opinion soutiennent que la révision judiciaire est illégitime parce qu'elle permet à des personnes qui n'ont pas été élues (les juges) d'infirmer les décisions des élus (le législateur), ce qui est antidémocratique (voir par ex. A. A. Peacock, dir., *Rethinking the Constitution: Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory* (1996); R. Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics* (1992); M. Mandel, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (1996), ch. 2).

134        Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la Charte et, par suite, de donner aux tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime.

135        Il s'ensuit obligatoirement qu'en leur qualité de fiduciaires ou d'arbitres, les tribunaux doivent examiner les actes du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, non en leur nom propre mais pour

l'exécution du nouveau contrat social démocratiquement conclu. Ce rôle découle implicitement du pouvoir conféré aux tribunaux par l'art. 24 de la Charte et l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982.

136 Parce que les tribunaux sont indépendants des pouvoirs exécutif et législatif, les justiciables et les citoyens en général peuvent habituellement s'attendre à ce qu'ils rendent des décisions motivées et étayées, conformes aux prescriptions constitutionnelles, même si certaines d'entre elles peuvent ne pas faire l'unanimité. Les tribunaux n'ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu'ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux.

137 Ce respect mutuel ressort d'une certaine façon de l'énoncé même de certains droits constitutionnels dans notre Constitution. Par exemple, l'art. 7 de la Charte énonce qu'il ne peut être porté atteinte aux droits qui y sont énumérés qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale, lesquels comprennent l'application régulière de la loi et l'action législative. L'article premier et la jurisprudence qui s'y rapporte revêtent également une grande importance pour le respect de l'action législative et des intérêts collectifs et sociétaux que représente la législation. De plus, comme nous le verrons plus loin, lorsqu'un tribunal se prononce sur une mesure visant à corriger une contravention à la Charte, il ne doit jamais oublier le rôle du législateur. En outre, la disposition de dérogation -- l'art. 33 -- a pour effet, dans notre régime constitutionnel, de laisser le dernier mot au législateur et non aux tribunaux (voir P. Hogg et A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75).

138 À mon avis, la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, loc. cit.). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de



nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, loc. cit., à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

139 La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la Charte pour les soustraire à la Charte). Ce dialogue et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.

140 Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière. Il serait bon, à cet égard, de ne pas oublier les propos suivants du juge en chef Dickson dans l'arrêt Oakes, précité, à la p. 136:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

141 Ainsi, par exemple, le tribunal qui interprète une disposition législative présentée comme une limite raisonnable dans une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la Charte, doit inévitablement définir certaines caractéristiques d'une société démocratique. Bien qu'il ne soit pas nécessaire d'évoquer toutes les caractéristiques démocratiques énumérées dans ces remarques, le commentaire du juge en chef Dickson demeure pertinent (voir également: R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson; B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, précité, le juge La Forest).

142 Le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'obligation de tenir compte des valeurs et des principes démocratiques reconnus dans la Charte et, s'ils ne le font pas, les tribunaux doivent être prêts à

intervenir pour protéger comme il se doit ces valeurs et principes. Comme certains auteurs l'ont affirmé avec vigueur, les juges n'agissent pas de façon antidémocratique en intervenant lorsque des décisions d'ordre législatif ou exécutif ne semblent pas avoir été prises en conformité avec les principes démocratiques prescrits par la Charte (voir W. Black, «Vriend, Rights and Democracy» (1996), 7 Forum constitutionnel 126; D. M. Beatty, «Law and Politics» (1996), 44 Am. J. Comp. L. 131, à la p. 149; M. Jackman, «Protecting Rights and Promoting Democracy: Judicial Review Under Section 1 of the Charter» (1996), 34 Osgoode Hall L.J. 661).<sup>12</sup>

Parmi ces justifications, certaines ont été plus dominantes dans le discours de la Cour suprême : 1) le nouveau pouvoir des juges résulte en fait de la décision des élus, 2) le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet de renforcer le processus démocratique, 3) le contrôle judiciaire de constitutionnalité sert à promouvoir un idéal moral (i.e. les valeurs libérales) et 4) ce contrôle permet d'instaurer un dialogue entre les tribunaux et les législateurs. Je vais examiner brièvement ces arguments, en notant que la persistance de ces considérations dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada constitue déjà une première manifestation de l'incertitude entourant le caractère démocratique des juges du plus haut tribunal lorsqu'ils interviennent dans les questions relatives aux droits et libertés.

1) La Cour a d'abord affirmé que le nouveau pouvoir des juges découlait d'une décision des élus d'enchâsser la *Charte* dans la Constitution canadienne. Cette référence à la décision historique des élus ne doit pas faire oublier cependant, «le fait que la Cour suprême elle-même a joué un rôle très important dans le processus de rapatriement de la Constitution, rôle qui a légitimé l'enchâssement de la Charte»<sup>13</sup>. Néanmoins, les juges ont souvent mentionné qu'ils avaient en quelque sorte hérité de la *Charte* et de la tâche de l'appliquer. En effet, le juge Lamer a écrit dans le *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act* :

---

12. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 au para. 130 [*Vriend*].

13. Marc Gold, «La rhétorique des droits constitutionnels» (1988) 1 R.J.T. 1 à la p. 15 [M. Gold]. Voir *Renvoi : opposition à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793 [*Re : opposition*]; voir également le *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la Charte dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.<sup>14</sup>

Commentant ce renvoi, Luc B. Tremblay est d'avis que celui-ci doit être interprété comme signifiant qu'il faut rejeter le paradigme démocratique élémentaire pour jauger la légitimité de la justice constitutionnelle: «[S]i cette interprétation est la bonne, il faut comprendre que la Cour suprême nous invite à reconnaître que la théorie "majoritaire" a été abandonnée une fois pour toute et donc, à se doter d'une autre théorie métaconstitutionnelle. Ainsi, toute argumentation, toute critique au sujet de la légitimité des décisions constitutionnelles fondée uniquement sur la théorie démocratique "majoritaire" sera désormais suspecte»<sup>15</sup>.

S'il peut paraître paradoxal que l'argument, que l'on peut qualifier d'argument historique ou originaliste, se réfère au principe de la démocratie représentative pour justifier le contrôle judiciaire dont l'effet est précisément de

---

14. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 au para. 15. Voir aussi Bertha Wilson, «We didn't Volunteer» (1999) avril Options politiques 8. Dans l'affaire *Vriend*, *supra* note 12 aux para. 132, 134, la Cour suprême a même suggéré que c'était là la décision du peuple canadien (para. 132 et 134) : «Souvenons-nous que les législatures provinciales et le Parlement ont volontairement décidé, en adoptant la Charte, de confier un rôle interprétatif aux tribunaux et de leur prescrire, sous le régime de l'art. 52, de déclarer invalides les lois inconstitutionnelles. [...] Pour répondre à ces arguments, il faut, encore une fois, insister sur le fait que, par le truchement de ses élus, le peuple canadien a choisi, dans le cadre de la redéfinition de la démocratie canadienne, d'adopter la Charte et, par suite, de donner aux tribunaux un rôle correctif à jouer. Notre Constitution a été réaménagée de façon à déclarer que dorénavant le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif devront exercer leurs fonctions dans le respect des libertés et droits constitutionnels nouvellement reconnus. La dévolution aux tribunaux du rôle de fiduciaires à l'égard de ces droits en cas de litiges quant à leur interprétation constituait un élément nécessaire de ce nouveau régime».

15. Luc B. Tremblay, «Réflexions sur la portée de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés suite à la décision de la Cour suprême dans le Renvoi sur la Motor Vehicle Act», (C.B.)» (1987) 18 R.D.U.S. 140 à la p. 177 [L. B. Tremblay].

remettre en question les décisions des élus<sup>16</sup>, l'on notera au surplus que le souhait formulé s'est avéré vain. En effet, depuis ce renvoi, les juges ne se sont pas libérés de tout doute quant à leur légitimité et cette situation explique plusieurs choix judiciaires. Pour le démontrer, je vais tenter plus loin d'en retrouver les multiples et fréquentes traces dans les raisonnements judiciaires des juges de la Cour suprême du Canada sous le régime de la *Charte*.

De plus, dans ce même *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, la position adoptée par la Cour suprême, selon laquelle les juges doivent se libérer de tout doute quant à leur légitimité démocratique, est fortement limitée par une autre affirmation qui fait réapparaître le paradigme démocratique élémentaire<sup>17</sup>. Le juge Lamer y écrit en effet ceci: «Ni avant ni après l'adoption de la *Charte*, les tribunaux n'ont été habilités à se prononcer sur l'à-propos des politiques sous-jacentes à l'adoption des lois. Dans l'un et l'autre cas toutefois, les tribunaux ont le pouvoir et même le devoir d'apprécier le contenu de la loi en fonction des garanties accordées par la Constitution»<sup>18</sup>. Ainsi, l'action du juge constitutionnel serait légitime en autant qu'elle manifeste une attitude de retenue judiciaire :

Selon cette doctrine, il ne revient pas au pouvoir judiciaire de se prononcer sur l'à-propos d'une loi : la décision d'adopter telle ou telle mesure législative relève de la stricte compétence du législateur. On parle alors du principe de retenue (ou de déférence) judiciaire. [...] Le principe de retenue judiciaire découle directement de celui de la suprématie du Parlement, principe primordial en droit constitutionnel canadien.<sup>19</sup>

Aux États-Unis, cette approche de déférence constitue d'ailleurs l'une des techniques de légitimation servant à réconcilier le contrôle judiciaire de

---

16. La Cour a par ailleurs affirmé que le principe majoritaire n'équivaut pas au principe démocratique. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 au para. 140 : «[u]n autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière». Voir aussi le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 5 au para. 76.

17. Voir K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 96.

18. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 à la p. 496.

19. K. Benyekhlef, *supra* note 9 aux pp. 96-97.

constitutionnalité et la démocratie<sup>20</sup>, ce qui peut, par ailleurs, paraître contraire au constitutionnalisme américain qui fonde la limitation du pouvoir sur un système de poids et contrepoids entre les différentes institutions gouvernementales plutôt que sur l'autolimitation de chacune d'elles<sup>21</sup>. L'approche de déférence a eu une influence importante dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada puisque celle-ci a souvent fait preuve de retenue judiciaire dans son contrôle constitutionnel, notamment sous l'article premier de la *Charte* lors de l'assouplissement du critère de l'atteinte minimale (cette question sera abordée plus loin). Pourtant, la distinction sur laquelle s'appuie cette approche de retenue judiciaire s'avère elle-même problématique. En effet, la distinction entre la sagesse, ou l'opportunité, et la constitutionnalité des décisions du législateur ne serait qu'un «trompe-l'oeil» puisqu'en déterminant si un objectif législatif est suffisamment important ou non, le tribunal doit nécessairement se prononcer sur l'à-propos ou le bien-fondé de la politique législative<sup>22</sup>.

Même si certains auteurs prétendent que cette distinction entre l'opportunité politique et le contrôle judiciaire est, quoique critiquable, nécessaire pour maintenir la légitimité du contrôle judiciaire<sup>23</sup>, il paraît difficile

- 
20. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962; Jesse H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980. Cette approche se retrouve également dans les théories originalistes: Raoul Berger, «Originalist Theories of Constitutional Interpretation» (1988) 73 Cornell Law Review 350; Robert H. Bork, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems» (1971) 47 Ind. L. J. 1.
  21. John Agresto, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Ithaca, Cornell University Press, 1984. Dans une lettre adressée à James Madison, le 15 mars 1789, afin de convaincre ce dernier de la nécessité d'ajouter une déclaration des droits dans la constitution américaine, Thomas Jefferson esquissait déjà une conception du contrôle judiciaire fondée sur ce système de contrepoids: «[i]n the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body, which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning, and integrity»: voir R.B. Bernstein, *Thomas Jefferson*, Oxford, Oxford University Press, 2003 aux pp. 71-75.
  22. K. Benyekhlef, *supra*, note 9 à la p. 98.
  23. Mark Gold, *supra* note 13 à la p. 18. Gold explique comme suit cette position: «À notre avis, la Cour remet en question la sagesse d'un texte législatif chaque fois qu'il y a contrôle judiciaire. Elle n'a pas le choix; cela fait partie intégrante de la tâche d'interprétation de la Charte. [...] Si l'on admettait qu'il n'y a pas de grandes différences entre les fonctions des juges et celles des législateurs, comment justifier alors le contrôle judiciaire dans une société

d'adhérer aux théories du contrôle de constitutionnalité qui ont cherché à justifier la légitimité du pouvoir judiciaire en suggérant que les juges doivent s'abstenir de contrôler la sagesse et l'opportunité des lois. Une telle approche risquerait de réintroduire la conception paradigmatique de la démocratie qui a servi à condamner le contrôle judiciaire de constitutionnalité: lorsqu'elle justifie l'action légitime du juge constitutionnel en la soumettant à la primauté du pouvoir législatif, la théorie constitutionnelle se bute alors à un obstacle épistémologique<sup>24</sup>.

2) La Cour suprême a avancé une seconde justification de son contrôle constitutionnel en présentant celui-ci comme un renforcement du processus démocratique. Dans l'affaire *R. c. Holmes*, on affirme en effet que le contrôle judiciaire permet la participation démocratique des groupes ou individus traditionnellement exclus du processus politique :

L'esprit des aspirations démocratiques individuelles et collectives qui entre dans le processus visant à définir le contour des garanties constitutionnelles et à déterminer si les restrictions que l'État leur impose sont raisonnables, fait donc en sorte que la Cour est et demeurera un allié de la démocratie canadienne, renforçant toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation.<sup>25</sup>

Dans cet extrait, le juge Dickson exprime toutefois deux points de vue contradictoires. Il laisse d'abord subsister la possibilité d'une référence au paradigme démocratique élémentaire alors que l'on pouvait conclure, à la suite du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, que cette théorie majoritaire de la démocratie avait été abandonnée<sup>26</sup>. Par la suite, il prône la thèse du renforcement de la démocratie qui est en fait issue de la théorie processualiste de John Ely<sup>27</sup>.

---

démocratique? Il faut insister sur une différence entre le raisonnement judiciaire et le raisonnement politique pour bien légitimer le pouvoir des juges dans la société contemporaine».

24. K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 112.

25. *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914 aux pp. 931-932 (J. Dickson).

26. L.B. Tremblay, *supra* note 15.

27. John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

Selon cette théorie, reprise dans le débat canadien par Patrick Monahan<sup>28</sup> et H.S. Fairley<sup>29</sup>, le contrôle judiciaire de constitutionnalité sert à renforcer le processus démocratique en permettant à des minorités («discrètes et isolées») qui sont exclues du pouvoir politique traditionnel de faire valoir leur point de vue. La Cour suprême du Canada a d'ailleurs référé à cette théorie d'Ely, élaborée à partir d'une décision de la Cour suprême des États-Unis<sup>30</sup>, dans son interprétation tant attendue de l'article 15 de la *Charte*. En effet, dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia [Andrews]*, le juge McIntyre écrit d'une part :

Ceux qui n'ont pas la citoyenneté et qui résident légalement en permanence au Canada constituent un bon exemple, pour reprendre l'expression de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4, confirmé par la suite dans l'arrêt *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365 (1971), à la p. 372, d'une [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» visée par la protection de l'art. 15.<sup>31</sup>

et, d'autre part, la juge Wilson écrit :

Avant de passer à l'article premier, j'aimerais ajouter quelques mots à ce que mon collègue a dit au sujet des résidents permanents qui n'ont pas la citoyenneté canadienne et qui forment le genre de [TRADUCTION] «minorité discrète et isolée» dont parle la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), aux pp. 152 et 153, n. 4. Comparativement aux citoyens, les personnes qui n'ont pas la citoyenneté constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] «ces groupes de la société dont les besoins et les

- 
- 28. Patrick Monahan, *Politics and the Constitution : the Charter, federalism, and the Supreme Court of Canada*, Agincourt (Ont.), Carswell, 1987.
  - 29. H.S. Fairley, «Enforcing the Charter : Some Thoughts on an Appropriate and Just Standard for Judicial Review» (1982) 4 *Supreme Court L. R.* 217.
  - 30. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).
  - 31. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 au para. 49.

aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus»: voir J. H. Ely, *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 151.<sup>32</sup>

De même, dans l'affaire *Vriend*, au moment de justifier l'interprétation large comme mesure de réparation constitutionnelle, le juge Iacobucci s'appuie sur cette conception d'Ely :

À mon avis, le processus par lequel la législature de l'Alberta a décidé d'exclure l'orientation sexuelle de l'IRPA n'était pas conforme aux principes démocratiques. Le juge de première instance et les juges de la Cour d'appel ont convenu que l'exclusion de l'orientation sexuelle de l'IRPA procédait d'un choix législatif conscient et délibéré. Bien que le juge McClung invoque ce fait pour justifier la non-intervention des tribunaux, plusieurs auteurs arrivent à la conclusion contraire dans les théories relatives à la révision judiciaire qu'ils ont élaborées (voir, par exemple, Black, loc. cit., J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); P. Monahan, «A Theory of Judicial Review Under the Charter», dans *Politics and the Constitution: The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada* (1987), aux pp. 97 à 138; D. M. Beatty, *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995)).

Je le répète, la notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde. Si le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé (voir Black, loc. cit; Jackman, loc. cit., à la p. 680).<sup>33</sup>

Aux États-Unis, cette théorie processualiste de John Ely a reçu de sévères critiques de la part de philosophes du droit et constitutionnalistes

---

32. *Ibid.* au para. 4-5.

33. *Vriend*, *supra* note 12 au para. 174-176.



réputés<sup>34</sup>. Ronald Dworkin, notamment, conçoit plutôt le contrôle judiciaire comme la possibilité d'affirmer les valeurs fondamentales de la démocratie libérale. Au Canada, Peter Hogg a également critiqué cette approche procédurale<sup>35</sup>. Ces critiques ont fait valoir que les droits et libertés protégés n'avaient pas seulement une valeur procédurale, par exemple la liberté de circulation ou la liberté de religion ne servant pas à compléter le processus politique. Au surplus, les droits et libertés ne sont pas exclusivement invoqués par les individus ou groupes défavorisés dans le processus politique normal («les minorités discrètes et isolées»), comme en fait foi l'usage de la liberté d'expression commerciale par les personnes morales, notamment les fabricants de cigarettes<sup>36</sup>. Aussi, à cette conception procédurale développée par Ely, d'aucuns ont préféré une conception substantielle, voire morale.

3) Parmi les justifications du contrôle judiciaire de constitutionnalité mentionnées par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vriend*, se trouve justement la référence à un idéal moral : «Un autre aspect de la révision judiciaire contribue à la promotion des valeurs démocratiques. Même si l'invalidation judiciaire d'une disposition législative contredit habituellement la volonté de la majorité, il ne faut pas perdre de vue que l'idée de démocratie transcende la règle de la majorité, toute fondamentale que soit cette dernière»<sup>37</sup>. Cette position se rapproche de l'une des approches importantes dans la théorie constitutionnelle, soit celle défendue notamment par le philosophe du droit Ronald Dworkin.

Selon ce dernier, «[l]a révision judiciaire garantit que les questions de fond, dans le domaine de la morale politique, seront finalement exposées et débattues comme des questions de principe et non comme des questions aux enjeux exclusivement politiques; or, cette transformation ne peut être menée intégralement à bien dans un cadre législatif»<sup>38</sup>. Ces principes moraux, il appartient aux juges de les expliciter. En ce sens, la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité ne peut se fonder, comme le pense Ely, sur la

---

34. Voir notamment : Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985 (chap. 2: *The Forum of Principle*); Laurence H. Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories» (1980) 89 Yale L. J. 1063.

35. Peter W. Hogg, «The Charter of Rights and American Theories of Interpretation» (1987) 25 Osgoode Hall L. J. 87.

36. *RJR-Macdonald c. Canada (P. G.)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

37. *Vriend*, *supra* note 12 au para. 140.

38. Ronald Dworkin, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996 aux pp. 94-95.

protection des procédures de la démocratie. Suggérant une lecture morale des droits que l'on peut qualifier d'égalitariste<sup>39</sup>, Dworkin prétend que, même si les juges émettent des jugements de valeurs, cela ne leur confère pas un trop grand pouvoir discrétionnaire. Selon Dworkin, c'est au contraire en se fondant à la morale politique que le jugement juridique peut prétendre à une certaine objectivité; sinon, il serait impossible de prétendre qu'une thèse soit meilleure qu'une autre et seul le relativisme pourrait régner.

De manière générale, cette approche morale reçoit un accueil plutôt favorable tant dans la théorie constitutionnelle<sup>40</sup> que dans la pratique judiciaire. Selon la perspective morale du contrôle judiciaire de constitutionnalité, «le pouvoir judiciaire a désormais le mandat exprès de sanctionner les valeurs fondamentales enchâssées à l'encontre des lois votées par le parlement et les législatures»<sup>41</sup>. Les tribunaux devraient alors chercher à atteindre un «équilibre entre les valeurs libérales fondamentales et les valeurs démocratiques»<sup>42</sup>. Cela équivaldrait toutefois à reconnaître une dichotomie entre les libertés et la démocratie, selon laquelle les premières s'opposent à la volonté démocratique des élus, maintenant en place l'obstacle épistémologique qu'est le paradigme démocratique élémentaire<sup>43</sup>. Néanmoins, la Cour suprême a affirmé la priorité de telles valeurs sur les décisions politiques et législatives afin de légitimer son action constitutionnelle.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, le juge en chef Dickson adopte une conception morale du contrôle judiciaire lorsqu'il écrit que :

---

39. Voir notamment : Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994, Ronald Dworkin, *Freedom's Law : Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996. Sur cette approche, voir Luc Bégin, «L'impartialité des juges et la lecture morale des droits» (1997) 38 C. de D. 417.

40. Voir notamment : Luc B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels» (1995) 29 R.J.T. 459; Luc B. Tremblay, «Le Canada de la Charte: Une démocratie libérale neutre ou perfectionniste?» (1995) 40 R. D. McGill 487; L Bégin, *id.*; Luc Bégin, «Le juge en tant que tiers impartial» dans Mary Jane Mossman et Ghislain Otis, dir., *La montée en puissance des juges : ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2000, 67.

41. L.B. Tremblay, *supra* note 15 à la p. 243.

42. *Ibid.*

43. Voir l'explication de K. Benyekhlef, *supra* note 9 à la p. 112.

[I]es tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la Charte et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer<sup>44</sup>.

De plus, dans ses commentaires sur «la façon générale d'aborder l'article premier» émis à l'occasion de l'affaire *R. c. Keegstra*, le juge en chef Dickson explique que la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit promouvoir ces valeurs sous-tendant la *Charte*<sup>45</sup>. De même, dans l'arrêt *R. c. Butler*, le juge Gonthier reconnaît que le contrôle judiciaire de constitutionnalité peut veiller à la défense d'un certain ordre moral :

En fait, le problème n'est pas tant d'évaluer si la moralité est un objectif valide en vertu de la Charte, que de déterminer dans quelles conditions elle constitue un objectif urgent et réel. Ce ne sont pas toutes les demandes fondées sur la moralité qui justifieront la suppression de droits garantis par la Charte. Comme l'a écrit R. Dworkin dans le chapitre de *Taking Rights Seriously* (1977), intitulé «Liberty and Moralism», à la p. 255:

[TRADUCTION] La prétention qu'il existe un consensus moral ne repose pas sur un sondage. Elle se fonde sur la façon dont le législateur perçoit la réaction de la société face à certaines pratiques désapprouvées. Toutefois, le législateur doit aussi être conscient des motifs sur lesquels cette réaction se fonde généralement. S'il y a eu un débat public qui a donné lieu à des éditoriaux dans les journaux, à des discours de ses collègues, à des témoignages des groupes intéressés et des lettres, il sera d'autant plus conscient des arguments et des positions en présence. Il doit passer en revue ces arguments et

---

44. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 au para. 64.

45. *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 au para. 734-738

positions et penser à des théories ou à des principes généraux que de grands segments de la population pourraient bien ne pas accepter, et ainsi de suite.

Cette tâche que Dworkin attribue au Parlement incombe également à notre Cour lorsqu'elle procède à un examen fondé sur la Charte. Il existe ici deux dimensions importantes qui nous permettent d'établir une distinction entre la moralité au sens général et les «conceptions fondamentales de la moralité».<sup>46</sup>

La Cour suprême considère que l'État peut restreindre un droit en se fondant «sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique»<sup>47</sup>. La Cour accepte l'idée que «la désapprobation morale est reconnue comme une réponse appropriée lorsqu'elle repose sur les valeurs de la Charte»<sup>48</sup>. Une telle conception du droit fondé sur la moralité a été reprise récemment dans les affaires *R. c. Malmo-Levine* et *R. c. Caine*<sup>49</sup> relatives à la criminalisation de la simple possession de marihuana.

Selon Luc Bégin, en empruntant cette direction, «la Cour ouvre la porte [...] à un travestissement téléologique des droits. Ces derniers, transformés en biens ou en valeurs, sont appelés à être hiérarchisés dans chaque situation de «désapprobation morale» en fonction des biens ou des fins qu'ils sont présumés viser. Or, si tel est le cas, à partir du moment où les droits sont des valeurs parmi d'autres valeurs on ne voit plus très bien quels peuvent être les critères rationnels permettant de lever suffisamment le doute quant à l'arbitraire ou l'irrationalité des hiérarchies ponctuellement établies.» Et Bégin conclut :

Par la méconnaissance de la distinction entre normes et valeurs, l'intervention des juges dans la définition de notre éthique collective risquerait soit de donner prise à une accusation d'interventionnisme indu – car inadéquatement justifiée –, soit de se faire frileuse au point de ne servir que les intérêts de légitimation du législateur dans ses interventions dans les questions de moralité, ce qui n'est guère

---

46. *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 au para. 155.

47. *Ibid.* au para. 80.

48. *Ibid.*

49. *R. c. Malmo-Levine* et *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

préférable. Pour le dire autrement, soit les juges participeraient à une intervention «préférentielle» dans les questions de moralité, soit ils légitimeraient une telle intervention. Serait négligé dans l'un et l'autre cas le rôle qui devrait être celui des juges dans une démocratie pluraliste où les droits fondamentaux inscrivent le droit et sa légitimation dans un horizon de moralité de type principiel, ce rôle devant être celui de gardien des normes dans le respect desquelles les valeurs multiples peuvent s'exprimer.<sup>50</sup>

Cette jurisprudence des valeurs<sup>51</sup> se heurte au pluralisme axiologique et à l'impossibilité d'établir un consensus quant à l'idée du bien<sup>52</sup> : cette problématique contemporaine du pluralisme axiologique ne reçoit pas une réponse satisfaisante de la part du libéralisme politique, malgré les célèbres efforts des penseurs libéraux tels Rawls, Nagel et Larmore<sup>53</sup>. C'est pourquoi d'aucuns y ont substitué une approche démocratique, fondée sur une conception

- 
50. Luc Bégin, «L'intervention du droit et des juges dans la définition de notre éthique collective» dans Georges Legault, Alejandro Rada-Donath et Guy Bourgeault, dir., *Éthique de société. L'éthique dans les sociétés démocratiques avancées*, Sherbrooke, G.G.C., 1999, 220 aux pp. 237-238 [L. Bégin].
51. Michel Coutu et Marie-Hélène Giroux, «L'après-11 septembre devant la Cour suprême du Canada : situation exceptionnelle et légitimité» (2003) numéro spécial R. du B. 237 aux pp. 247-248 : «Par jurisprudence des valeurs, nous entendons toute méthode d'interprétation fondée sur une éthique constitutionnelle de la conviction, qui affirme d'emblée la prééminence de valeurs ou de principes fondamentaux et tend à établir une hiérarchie des valeurs constitutionnelles devant guider l'interprète dans son travail d'énonciation et d'application des normes fondamentales. À la différence de la jurisprudence formelle, la jurisprudence des valeurs rejette la neutralité axiologique, elle recherche la cohérence sur un plan matériel, d'ordre éthique, et non d'un point de vue purement formel. [...]»
52. Daniel Weinstock, «Le pluralisme axiologique en philosophie politique contemporaine» dans Lukas K. Sosoe, dir., *Diversité humaine : démocratie, multiculturalisme et citoyenneté*, Paris, L'Harmattan, 2002, 67. À la page 68, Daniel Weinstock écrit : «Le problème du pluralisme axiologique naît du fait qu'il existe au sein des sociétés modernes une importante variété d'ensembles de croyances et de conceptions du bien raisonnables, et qu'une théorie de la justice espérant pouvoir se justifier aux yeux des adhérents de ces différentes conceptions ne saurait puiser sa justification dans les ressources conceptuelles de l'une d'entre elles. Le problème du pluralisme culturel émerge de la difficulté de faire coexister à l'intérieur d'un même espace politique des groupes culturels dont les membres sont soucieux de préserver leur identité culturelle mais qui perçoivent, à tort ou à raison, leur survie culturelle comme étant en conflit avec celle d'autres groupes avec lesquels ils ont à partager le même espace politique».
53. *Ibid.*; voir aussi Daniel Weinstock, «Démocratie et délibération» (2000) 63 Archives de Philosophie 405 [D. Weinstock, «Démocratie et délibération»].

de la politique délibérative inspirée des travaux de Jürgen Habermas<sup>54</sup>. Même si celle-ci semble également se heurter au pluralisme<sup>55</sup>, c'est néanmoins une des avenues prises par la Cour suprême dans sa jurisprudence récente, comme je vais le montrer à l'instant.

4) L'idée qui semble de plus en plus recevoir l'approbation de la Cour suprême consiste à soutenir que les juges constitutionnels participent à un dialogue avec le législateur. Ce concept trouve ses fondements dans les théories de la démocratie délibérative. Celles-ci estiment que le rôle du pouvoir judiciaire se justifie dans la mesure où il contribue à la délibération démocratique<sup>56</sup>. Cette idée de dialogue comme justification du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'est pas nouvelle, comme en fait foi la théorie constitutionnelle américaine. Abram Chayes, notamment, écrivait ce qui suit :

And judicial participation is not by way of sweeping and immutable statements of *the* law, but in the form of a continuous and rather tentative dialogue with other political elements – Congress and the executive, administrative agencies, the profession and the academics, the press and wider publics. [...] In such a setting, the ability of a judicial pronouncement to sustain itself in the dialogue and the power of judicial action to generate assent over the long haul become the ultimate touchstones of legitimacy.<sup>57</sup>

---

54. Voir notamment Bjarne Melkevik, *Rawls ou Habermas. Une question de philosophie du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

55. D. Weinstock, «Démocratie et délibération», *supra* note 53.

56. Frank I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term. Foreword: Traces of Self-Government» (1986) 100 Harv. L. Rev. 4 à la p. 34; Cass R. Sunstein, *One Case at a Time : Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Barry Friedman, «Dialogue and Judicial Review» (1993) 91 Mich. L. Rev. 577; K. Benyekhlef, *supra* note 9; J. Frémont, *supra* note 11; Mark Van Hoecke, «Judicial Review and Deliberative Democracy: A Circular Model of Law Creation and Legitimation» (2001) 14 Ratio Juris 415; Luc Tremblay, «Deliberative Democracy and Liberal Rights» (2001) 14 Ratio Juris 424; Kent Roach, *The Supreme Court on Trial : Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Toronto, Irwin Law, 2001 [K. Roach].

57. Abram Chayes, «The Role of The Judge in Public Law Litigation» (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281 à la p. 1316 [A. Chayes]. Voir aussi E.V. Rostow, *supra* note 7 à la p. 208: «The process of forming public opinion in the United States is a continuous one with many participants – Congress, the President, the press, political parties, scholars, pressure groups, and so on. The discussion of problems and the declaration of broad principles by the Courts is a vital element in the community experience through which American policy is made. The Supreme Court is, among other things, an educational body, and the Justices are inevitably teachers in a vital

Dans le débat théorique canadien, l'idée de dialogue est principalement conçue en termes de relations dialogiques entre les pouvoirs législatif et judiciaire. La formulation la plus connue en théorie constitutionnelle canadienne est certes celle de Peter Hogg et Allison Bushell/Thornton : «Where a judicial decision is open to legislative reversal, modification, or avoidance, then it is meaningful to regard the relationship between the Court and the competent body as a dialogue»<sup>58</sup>. En analysant les réponses du législateur aux décisions judiciaires, les tenants de l'approche du dialogue ont montré que les réformes législatives poursuivaient les délibérations entreprises devant les tribunaux<sup>59</sup>.

La discussion de cette approche s'est également poursuivie dans la théorie et la doctrine constitutionnelles<sup>60</sup>. Dans son appréciation de cette métaphore du dialogue, Jean Leclair prétend que «le dialogisme institutionnel proposé par la Cour suprême est difficilement conciliable avec la nécessaire séparation qui doit exister entre les pouvoirs judiciaire et législatif»<sup>61</sup>. À l'encontre de cette thèse légitimante, certains auteurs ont fait valoir que le dialogue est en réalité un monologue des tribunaux, dans la mesure où les décisions de la Cour suprême, qui reconnaissent l'existence de droits constitutionnels dans un contexte où les législateurs hésitent à recourir à la clause dérogatoire de l'article 33 de la *Charte*, s'imposent aux législateurs<sup>62</sup>. On

---

national seminar.»

L'idée de dialogue entre le législateur et la Cour suprême dans le contexte de l'interprétation juridique a également été invoquée par Chaïm Perelman (*supra* note 4 à la p. 152).

58. Peter W. Hogg et Allison A. Bushell, «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such Bad Thing After All)» (1997) 35 Osgoode Hall L. J. 75 à la p. 79. Voir aussi Peter W. Hogg et Allison A. Thornton, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"» (1999) 37 Osgoode Hall L. J. 529; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Scarborough, Carswell, 2003 à la p. 33-11 et s. [P. Hogg, *Constitutional Law*].

59. À titre d'exemple de décisions judiciaires ayant donné suite à des modifications législatives : *R. c. Borden*, [1994] 3 R.C.S. 145; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

60. Voir notamment K. Roach, *supra* note 56.

61. Jean Leclair, «Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien» (2003) R. du B. (Numéro spécial du XXe anniversaire de la Charte) 377 à la p. 382 [J. Leclair]. Dans le même sens : Frederick C. De Coste, «The Separation of State Powers in Liberal Polity : *Vriend v. Alberta*» (1999) 44 McGill L.J. 231. Cette position se fonde sur une conception classique de la séparation des pouvoirs, formulée en termes d'opposition entre les pouvoirs plutôt que de collaboration.

62. F.L. Morton, «Dialogue or monologue?» (1999) Options politiques 23 [F.L. Morton].

considère que les réponses législatives aux décisions judiciaires, qui consistent souvent à adopter la solution proposée par la Cour, sont en fait du «Charter ventriloquism»<sup>63</sup>. C'est l'idée d'obéissance, plutôt que celle de dialogue, qui est ici invoquée pour décrire la situation<sup>64</sup>. Selon cette critique, il existerait ainsi une hiérarchie entre les tribunaux et les assemblées législatives, en faveur des premiers.

L'on pourrait se demander, au surplus, si la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité doit dépendre d'une éventuelle activité postérieure du législateur. Cependant, comprise dans sa dimension institutionnelle, la métaphore du dialogue peut-elle devenir une description systémique de la séparation des pouvoirs susceptible d'assurer une légitimation procédurale du contrôle de constitutionnalité? Quoi qu'il en soit, cette idée a été reprise et accréditée par la Cour suprême comme légitimation du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Par exemple, dans l'affaire *Vriend*, le juge Iacobucci écrit :

À mon avis, la Charte a suscité une interaction plus dynamique entre les organes du gouvernement, que d'aucuns ont qualifiée, à juste titre, de «dialogue» (voir par exemple Hogg et Bushell, loc. cit.). En examinant la validité constitutionnelle de textes de loi ou de décisions de l'exécutif, les tribunaux parlent au législatif et à l'exécutif. Comme il en a été fait mention, la plupart des dispositions législatives qui n'ont pas résisté à un examen constitutionnel ont été suivies de nouvelles dispositions visant des objectifs similaires (voir Hogg et Bushell, loc. cit., à la p. 82). Le législateur, de cette façon, répond aux tribunaux, d'où l'analogie du dialogue entre les différents organes du gouvernement.

La révision judiciaire et ce dialogue sont précieux, selon moi, parce qu'ils obligent en quelque sorte les divers organes du gouvernement à se rendre mutuellement des comptes. Les tribunaux examinent le travail du législateur, et le législateur réagit aux décisions des tribunaux en adoptant d'autres textes de loi (ou même en se prévalant de l'art. 33 de la Charte pour les soustraire à la Charte). Ce dialogue

---

63. Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, «Six degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell» (1999) 37 Osgoode Hall L. J. 515 à la p. 521.

64. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 391. F.L. Morton, *supra* note 62 à la p. 23 : «Obeying orders is not exactly what most of us consider dialogue».



et ce processus de reddition de compte entre organes du gouvernement, loin de nuire au processus démocratique, l'enrichissent.<sup>65</sup>

Plusieurs arrêts de la Cour suprême ont depuis référé à cette métaphore du dialogue en guise d'idée légitimante<sup>66</sup>. Comme l'a montré le professeur Leclair, telle qu'utilisée par la Cour suprême, la métaphore du dialogue, paradoxalement, «sert à justifier autant l'activisme judiciaire que son contraire»<sup>67</sup>. En guise d'exemple d'activisme judiciaire, l'on peut citer l'affaire *Vriend*, alors que la Cour suprême a développé cette idée normative du dialogue. Après avoir insisté sur les rapports dialogiques entre les pouvoirs législatif et judiciaire, la Cour suprême, à la majorité, adopte cependant une solution, l'interprétation large, qui serait moins conforme à l'idée de dialogue que celle proposée par le juge Major, dissident, et consistant à suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin de permettre au législateur de corriger lui-même la loi<sup>68</sup>.

À l'inverse, la Cour suprême a aussi invoqué le dialogue pour justifier la déférence à l'égard du législateur. Parmi les exemples de retenue judiciaire, l'un des cas les plus discutables est sans doute l'affaire *R. c. Mills* [*Mills*]. Alors qu'elle avait invalidé l'ancienne procédure dans l'affaire *R. c. O'Connor*<sup>69</sup> [*O'Connor*], la Cour suprême devait examiner les nouvelles dispositions du *Code criminel*<sup>70</sup> relatives à la communication des dossiers confidentiels des victimes dans les infractions d'ordre sexuel. Tandis que la Cour justifie, dans l'arrêt *Mills*, sa décision (de reconnaître valides les dispositions législatives) en

---

65. *Vriend supra* note 12 aux para. 138-139.

66. Voir notamment *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Bell Express Vu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 5 aux para. 74-78.

67. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 382.

68. *Ibid.* à la p. 405. Comme je l'ai déjà indiqué, le choix de l'interprétation large semble se justifier davantage, en l'espèce, par la théorie procédurale du renforcement de la démocratie que par la théorie du dialogue.

69. *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

70. L.R.C. 1985, c. C-46.

invoquant le dialogue entre elle et le Parlement fédéral<sup>71</sup>, des auteurs ont montré que la nouvelle législation reprenait l'opinion dissidente exprimée dans l'affaire *O'Connor*<sup>72</sup>. Selon Jean Leclair :

*Mills* constituait donc l'exemple paradigmatique d'une situation où la Cour aurait dû exiger de l'assemblée législative qu'elle invoque l'article 33 de la *Charte*. À l'inverse, si la Cour entendait reconnaître la validité de la loi, il lui aurait fallu renverser sa précédente décision. Bien sûr, cette dernière solution risquait de la faire mal paraître. La Cour a donc choisi une troisième avenue. Elle a invoqué la métaphore du dialogue de manière à justifier sa décision de confirmer la validité de la loi sur la base d'une supposée coopération institutionnelle.<sup>73</sup>

Le rôle délibératif du contrôle judiciaire risque d'être sérieusement compromis lorsque les juges adoptent des attitudes déférentes ou interventionnistes. En effet, la retenue judiciaire équivaut à refuser la discussion et diminue la rationalité du processus d'élaboration des normes juridiques :

When courts defer rather than scrutinize, the role of constitutional dialogue is seriously diminished. Government officials may no longer need to explain or to justify their actions in political-moral terms. At

---

71. *R. c. Mills*, *supra* note 66 au para. 58 : «Les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés; le législateur joue également un rôle à cet égard et il est souvent en mesure de faire fonction d'allié important pour les groupes vulnérables. Il importe particulièrement de reconnaître ce fait dans le contexte de la violence sexuelle. La façon dont notre société et notre système judiciaire ont traité les plaignants en matière d'agression sexuelle dans le passé est regrettable. D'importantes modifications ont été effectuées par voie législative dans le but de reconnaître les droits et intérêts des plaignants en matière criminelle et de mettre fin aux stéréotypes qui ont fait tant de tort aux femmes et aux enfants, mais le traitement des plaignants en matière d'agression sexuelle constitue toujours un problème. Si la démocratie constitutionnelle vise à garantir que la majorité écoute comme il se doit la voix des personnes vulnérables, notre Cour a donc l'obligation de faire preuve de déférence en examinant la tentative du législateur de répondre à cette voix».

72. Jamie Cameron, «Dialogue and Hierarchy in Charter Interpretation : A Comment on *R. v. Mills*» (2000) 38 Alta L. Rev. 1051; Don Stuart, «*Mills* : Dialogue with Parliament and Equality by Assertion at What Cost?» (1999) 28 C. R. (5th) 275.

73. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 411. Pour un exemple de retenue judiciaire fondée sur la théorie du dialogue, voir les motifs des juges dissidents dans *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66.

best, they may be obligated merely to articulate a governmental purpose, to be accepted uncritically by the court.<sup>74</sup>

À l'opposé, l'activisme judiciaire risquerait d'empiéter sur les autres forums de délibération constitutionnelle, en prédéterminant la discussion elle-même et, surtout, son résultat. Dans le discours du juge constitutionnel canadien, cela intervient principalement dans le raisonnement sous l'article premier (lorsque le tribunal en arrive à suggérer la mesure législative qui devrait être adoptée) et dans le choix de la sanction d'inconstitutionnalité (parmi les types d'ordonnances, remèdes, réparations ou mesures de redressement susceptibles d'avoir cet effet, il y a l'interprétation large).

Quoi qu'il en soit, aucun argument, ni celui du dialogue ni les autres justifications invoquées par le juge Iacobucci dans l'affaire *Vriend*, n'a réussi jusqu'ici à empêcher que le raisonnement judiciaire soit influencé, sinon déterminé, par cette question de la légitimité (ou l'illégitimité) du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Ainsi, malgré ces discours d'autolégitimation et au-delà des articles 1 et 24 de la *Charte* ainsi que du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui confèrent aux tribunaux le pouvoir d'appliquer la *Charte*<sup>75</sup>, le débat sur la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle s'est poursuivi<sup>76</sup>. La Cour suprême continue de faire montre d'attitudes contradictoires d'activisme et de retenue judiciaires. Comme l'écrit Andrée Lajoie

[...] une partie de la Cour au moins (hélas pour la cohérence, il n'est pas certain que ce soit toujours la même [...]) se sent mal à l'aise et s'inquiète de sa légitimité dans ce rôle qui lui a pourtant été dévolu par

---

74. Stanley Ingber, «Judging Without Judgment : Constitutional Irrelevancies and the Demise of Dialogue» (1994) 46 Rutgers L. Rev. 1473 à la p. 1549.

75. Pour un exemple de cette justification positiviste-légaliste référant au mandat conféré par la Constitution elle-même, voir notamment *Renvoi : droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

76. La Cour suprême le reconnaît d'ailleurs dans *Vriend supra* note 12 au para. 133: «Toutefois, le fait de conférer aux tribunaux le pouvoir et l'obligation d'invalidier des lois lorsque cela était nécessaire n'a pas éliminé le débat entourant la "légitimité" d'une telle action par les tribunaux».

la Constitution écrite, dans le respect des exigences les plus formalistes du positivisme le plus pur<sup>77</sup>.

La présence du doute antidémocratique traverse les jugements rendus par les juges de la Cour suprême du Canada. Recherchons-en maintenant les traces, sans aucunement prétendre dresser l'état (actuel et exhaustif) du droit ou de la jurisprudence sur les aspects qui seront abordés.

## 2. La politique judiciaire en matière constitutionnelle

Les questions de politique judiciaire, dont celle de justiciabilité, comptent aussi parmi les premières manifestations du nouveau rôle de la Cour suprême du Canada sous le régime de la *Charte*. En définissant les questions préliminaires telles l'application de la *Charte*, les règles relatives à l'intérêt pour agir et à l'intervention ainsi que les règles de preuve et de connaissance judiciaire en matière constitutionnelle, la Cour suprême élabore une conception du contrôle de constitutionnalité qui révèle à l'évidence certaines traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle. Aucun doute, ces questions soulèvent celle de la légitimité du pouvoir judiciaire et des rapports que ce dernier doit entretenir avec les autres pouvoirs étatiques<sup>78</sup>. Au-delà de l'apparent caractère technique de ces questions, ce sont les frontières entre les systèmes politique et judiciaire qui se définissent ainsi et qui m'intéressent ici plus particulièrement.

Depuis l'avènement de la *Charte* dans le régime juridique canadien, une transformation du contrôle judiciaire de constitutionnalité s'est opérée, avec la mise en place de nouveaux modes d'exercice de la fonction de juger. En ce sens, l'on a assisté à la création d'un *Public Law Litigation* semblable à l'évolution qu'a connu la révision judiciaire aux États-Unis<sup>79</sup>. La conception classique de la

---

77. Andrée Lajoie, «Schachter, ou la retenue judiciaire comme antithèse de la neutralité» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens : actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993, 525 à la p. 537.

78. Voir en ce sens, Lorne M. Sossin, *Boundaries of Judicial Review. The Law of Justiciability in Canada*, Scarborough, Carswell, 1999 [L. Sossin]. D'ailleurs, selon Sossin, les capacités et la légitimité du processus judiciaire est précisément l'un des critères dont se servent les tribunaux pour déterminer si une question est justiciable.

79. A. Chayes, *supra* note 57.

résolution du conflit a cédé la place à une approche où le juge contrôle les politiques publiques au regard de certains principes tels l'égalité et la liberté. Certains critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité ont noté que la Cour semble avoir modifié ses positions sur certaines questions afin de s'acquitter de ses nouvelles responsabilités. Plus fondamentalement, la Cour suprême du Canada montre des attitudes contradictoires d'activisme et de retenue judiciaires. Par exemple, elle a assoupli les règles relatives à la capacité d'agir (à titre de partie) et d'intervenir (ès qualités d'intervenant). De même, elle a accepté de décider certaines causes qu'elle aurait auparavant considérées trop théoriques. Deux des plus farouches opposants du chartisme, Ted Morton et Rainer Knopff, dénoncent cette politique d'ouverture, qu'ils perçoivent comme une preuve du trop grand pouvoir dont disposent les juges sous la *Charte*. Ces professeurs de l'Université de Calgary voient dans cette politique judiciaire une véritable révolution qui profite d'abord à ces partisans de la *Charte*, juges, professeurs de droit, groupes d'intérêt, etc., qu'ils réunissent au sein de ce qu'ils nomment le «court party» (parti judiciaire)<sup>80</sup>. Morton et Knopff écrivent :

Étant donné l'assouplissement des règles sur la preuve, la capacité d'agir, le caractère théorique et les intervenants, ainsi que l'habileté nouvelle des groupes d'intérêt canadiens à utiliser les litiges constitutionnels comme tactique politique, il est probable qu'il y aura fort peu de grandes initiatives gouvernementales en matière de politique qui échapperont aux contestations fondées sur la Charte. L'intervention des tribunaux dans l'élaboration des politiques n'est plus exceptionnelle et sporadique, dépendant des divergences occasionnelles entre les intérêts des particuliers et la politique du gouvernement; elle est devenue plus systématique et constante<sup>81</sup>.

---

80. F.L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution & the Court Party*, Peterborough, Broadview Press, 2000 [F.L. Morton et R. Knopff, *The Charter*]. Kent Roach a cependant fait remarquer que Morton et Knopff semblent davantage préoccupés par l'action judiciaire des groupes progressistes, par opposition à celle des groupes conservateurs : K. Roach, *supra* note 56 à la p. 145. Pour un exemple d'analyse de l'action judiciaire de l'un de ces groupes, voir Christopher P. Manfredi, *Feminist Activism in the Supreme Court. Legal Mobilization and the Women's Legal Education and Action Fund*, Vancouver, UBC Press, 2004.

81. F.L. Morton et Rainer Knopff, «La Cour suprême, à l'avant-garde de l'élite intellectuelle - le mouvement fondé sur la charte dans la politique postmatérialiste» dans Janet Ajzenstat, dir., *Le constitutionnalisme canadien: 1791-1991* (révisé par Louis Massicotte), Ottawa, Groupes d'études des questions parlementaires, 1992, 59 à la p. 67 [F.L. Morton et R.

Ainsi, selon les politologues Morton et Knopff :

Ces modifications de la procédure témoignent de la volonté de la Cour de faire des déclarations générales en matière de politique constitutionnelle même lorsqu'elle n'est pas saisie d'un litige en bonne et due forme qui met directement en cause les questions de politique sur lesquelles elle veut se prononcer. C'est pourquoi les litiges, matière ordinaire de l'activité judiciaire, sont maintenant une condition suffisante, mais non nécessaire, pour que le judiciaire intervienne dans la politique d'intérêt public<sup>82</sup>.

Ils voient dans cette évolution de la politique judiciaire une transformation nécessaire pour que la Cour suprême puisse jouer son rôle d'oracle.

### ***L'intérêt pour agir***

Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le paragraphe 24(1) de la *Charte* offrent différents recours afin de faire valoir les droits et libertés garantis par cette dernière. Quiconque veut s'adresser aux tribunaux doit avoir, à titre de partie ou d'intervenant, cette qualité pour agir en justice. Dans sa jurisprudence sous la *Charte*, la Cour suprême a confirmé, sur la question de l'intérêt pour agir, une approche qu'elle avait prise peu avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En effet, la Cour suprême avait déjà reconnu que pour demander une déclaration d'inconstitutionnalité (par requête en jugement déclaratoire), il n'était pas nécessaire d'être directement touché dans ses droits; il suffit d'avoir, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi<sup>83</sup>. La Cour suprême rappelle cette approche dans la seconde affaire *Borowski c. Canada*<sup>84</sup> [*Borowski*]. Cependant, cet opposant notoire à l'avortement avait perdu cette qualité pour agir dans la mesure où le pourvoi était devenu théorique, l'article 251 du *Code criminel* ayant été déclaré inconstitutionnel l'année précédente dans l'affaire *R. c. Morgentaler*<sup>85</sup>.

---

Knopff, «La Cour suprême»].

82. *Ibid.* à la p. 67.

83. *Thorson c. Canada (P. G.)*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia (Board of Censors) c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Canada (Ministre de la justice) c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

84. *Borowski c. Canada (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

85. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

Outre le critère exigeant qu'il y ait une question juridique sérieuse à trancher, il faut également, pour présenter une requête en jugement déclaratoire par exemple, qu'il n'y ait pas d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question au tribunal. Or, dans l'appréciation de ces critères, les tribunaux possèdent un certain pouvoir discrétionnaire. Qu'il suffise ici de mentionner et de comparer certains arrêts où la Cour suprême a reconnu cet intérêt pour agir et d'autres où elle a refusé de se prononcer. Ainsi, dans l'affaire *Conseil du Patronat du Québec c. Québec (P. G.)*<sup>86</sup>, la Cour a reconnu un intérêt suffisant pour contester la constitutionnalité des dispositions «anti-briseurs» de grève du *Code du travail*, en l'absence d'un conflit de travail particulier. À l'opposé, dans l'affaire *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*<sup>87</sup>, elle a considéré qu'il valait mieux attendre qu'un demandeur du statut de réfugié conteste lui-même les dispositions législatives relatives au nouveau processus de revendication de ce statut.

La Cour suprême a également accepté que l'on puisse agir dans une contestation judiciaire de constitutionnalité en invoquant les droits d'autrui. Et même en invoquant des droits dont on ne peut être soi-même bénéficiaire. Par exemple, une personne morale peut invoquer la liberté de religion. Dès l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*<sup>88</sup>, la Cour suprême a statué que les personnes morales avaient la qualité pour agir en défense d'une accusation criminelle ou pénale en invoquant des droits dont elles ne sont pas bénéficiaires. Ainsi, une personne morale a le droit de contester la validité de la *Loi sur le dimanche* pour le motif qu'elle porte atteinte à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*. En n'obligeant pas que ce soit le sujet du droit en cause qui agisse en défense, le test a un caractère objectif, c'est-à-dire que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle : tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.

Cette approche libérale montre bien que la Cour suprême veut élargir son rôle en vertu de la *Charte*. Peter Hogg écrit :

---

86. *Conseil du Patronat du Québec Inc. c. Québec (P. G.)*, [1991] 3 R.C.S. 685.

87. *Conseil canadien des Églises c. Canada (M.E.I.)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

88. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

These counsels of restraint have not proved to be particularly compelling in the context of standing. In that context, we have seen that the Court has often chosen to grant standing to a party with no special interest in the proceedings, in order to enable a constitutional issue to be litigated<sup>89</sup>.

### ***L'intervention***

De même, la Cour suprême a élargi les règles d'intervention. Peter Hogg observe que le statut d'intervenant est reconnu plus facilement dans les litiges publics par rapport aux litiges privés :

For instance, in a case challenging the constitutional validity of a statute, the court's decision will affect persons other than the parties, and some of these persons may have an interest sufficient to qualify them as intervenors. As well, intervenor status is more often granted at the higher levels of court, where the cases have been distilled to the purely legal issues<sup>90</sup>.

Morton et Knopff critiquent cette approche de la Cour suprême qui contribuerait à la création du «*Court Party*», ce mouvement formé notamment de groupes d'intérêts qui utilisent la *Charte* afin de faire avancer des causes (surtout de gauche) qui ne réussissent pas dans le forum politique traditionnel<sup>91</sup>. Cet élargissement des règles relatives à l'intervention judiciaire aurait eu pour conséquence d'accroître l'activité des groupes d'intérêt devant les tribunaux. Morton et Knopff écrivent : «Les groupes d'intérêt sont de plus en plus les principaux intéressés dans les litiges fondés sur la *Charte*, sinon à titre de plaideur, alors à titre de soutien financier ou d'intervenant»<sup>92</sup>.

Dans une conception traditionnelle de la démocratie représentative, l'intervention élargie des groupes d'intérêts, l'élargissement des règles de preuve, d'intervention, de qualité pour agir, bref, les modifications de la procédure constitutionnelle, éveillent des soupçons d'illégitimité démocratique du pouvoir judiciaire. Ces transformations des règles judiciaires déplaceraient

---

89. P.W. Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 58, p. 56-18, para. 56.3 (c).

90. *Ibid.* à la p. 56-25.

91. F.L. Morton et R. Knopff, *The Charter*, *supra* note 80.

92. F.L. Morton et R. Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 aux pp. 65-66.



les débats politiques, et peut-être même le pouvoir politique, vers les tribunaux. Cependant, dans la perspective de la démocratie délibérative, cette participation accrue ne peut qu'être encouragée. En effet, selon le modèle de démocratie délibérative, la validité d'une norme dépend de l'accord, dans le cadre d'une discussion pratique, des personnes concernées (principe de discussion). D'élargir de la sorte le forum judiciaire, par la désignation d'*amicus curiae* par exemple, participe d'un souci d'accroître la délibération démocratique.

Au surplus, en contextualisant le contrôle de constitutionnalité, il s'agit d'examiner les conséquences sur les formes de vie de la norme constituée par la juxtaposition d'un droit et d'une loi qui le limite. Dans cette perspective, le contrôle constitutionnel nécessite une construction négociée entre les différents acteurs des contextes pragmatiques dans lesquels s'insère la norme. C'est pourquoi l'élargissement du débat aux différents intervenants et la prise en compte des réalités factuelles deviennent nécessaires dans cette transformation de la fonction de juger. Cette transformation découle de l'impossibilité pour l'auteur de la norme de prévoir tous les cas d'application, ce qui était présupposé dans la conception formaliste de la rationalité. Dans cette perspective, le contrôle judiciaire de constitutionnalité permet d'examiner les conséquences des normes juridiques à la lumière de leurs contextes d'application.

À l'inverse, selon les critiques du contrôle judiciaire de constitutionnalité, cet assouplissement des questions pratiques préliminaires témoignerait de la volonté de la Cour suprême d'établir non seulement le droit mais aussi les politiques législatives. En déplaçant de plus en plus le pouvoir politique vers les tribunaux, la Cour s'arrogerait le droit de décider de questions qui étaient auparavant débattues dans le forum politique traditionnel.

La Cour a aussi considérablement assoupli sa doctrine sur la capacité d'agir et le caractère théorique, ce qui a facilité la tâche des groupes d'intérêt qui voulaient porter leur cause devant les tribunaux<sup>93</sup>.

---

93. *Ibid.* à la p. 66. Pour une évaluation des difficultés de certains groupes minoritaires devant les tribunaux, voir Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, *supra* note 6.

Ces critiques de la «nouvelle» politique judiciaire y voient la volonté de la Cour suprême de se placer en position d'oracle<sup>94</sup>.

Peu importe le jugement que l'on porte sur cette politique judiciaire, il semble évident qu'il y a eu transformation du rôle des tribunaux, et plus spécifiquement de la Cour suprême. Cette dernière doit définir les limites de sa fonction dans ses rapports avec les autres pouvoirs. Même sur une question aussi technique que celle de l'avis préalable qui doit être envoyé au procureur général dans les cas de contestation de la constitutionnalité d'une loi ou d'un règlement, la Cour suprême réfère à cette notion de séparation des pouvoirs et au rôle des tribunaux :

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la Charte et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel.<sup>95</sup>

---

94. Morton et Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 aux pp. 64-65 : «De propos délibéré, la Cour suprême s'est transformée; tribunal traditionnel d'arbitrage de style britannique, elle est devenue une instance qui cherche à résoudre des problèmes sociaux en faisant des déclarations de portée générale sur la politique constitutionnelle. Elle se perçoit comme l'oracle en matière constitutionnelle et s'estime habilitée à élaborer ses normes pour la société tout entière et non seulement pour les parties au litige. Désormais, l'établissement de la politique constitutionnelle occupe la première place, et le litige concret est relégué au second plan. On peut même dire que le litige concret dont la Cour est saisie est simplement l'occasion – suffisante mais plus nécessaire désormais – d'exercer cette fonction d'oracle.». Voir également de ces mêmes auteurs F.L. Morton et Rainer Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992 à la p. 169 et s.

95. *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 au para. 48.

### ***Le caractère théorique ou hypothétique***

Il arrive qu'un tribunal soit saisi de questions hypothétiques. Un certain pouvoir discrétionnaire existe lorsque le tribunal doit décider s'il se prononce sur une question devenue théorique. Ainsi, dans *Borowski* (1989), la question fut jugée théorique alors que dans *Tremblay c. Daigle*<sup>96</sup>, la Cour suprême a tout de même rendu son jugement malgré le fait que la cause soit devenue théorique avant la tenue de l'audience (l'intimée ayant déjà subi un avortement alors que l'injonction demandée visait à l'y en empêcher). Comme il est écrit dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (ministre de la santé et des services communautaires) c. G. (J.)*, «[e]n règle générale, la Cour ne statue pas sur des questions théoriques, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire et elle peut l'exercer dans certaines circonstances»<sup>97</sup>.

Néanmoins, dans *Borowski*, la Cour suprême a dégagé certains critères afin de déterminer comment les tribunaux doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire :

La première raison d'être de la politique ou de la pratique en question tient à ce que la capacité des tribunaux de trancher des litiges a sa source dans le système contradictoire. [...] La deuxième grande raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à l'économie des ressources judiciaires. [...] La troisième raison d'être de la doctrine du caractère théorique tient à ce que la Cour doit prendre en considération sa fonction véritable dans l'élaboration du droit. La Cour doit se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique. On pourrait penser que prononcer des jugements sans qu'il y ait de litige pouvant affecter les droits des parties est un empiétement sur la fonction législative.<sup>98</sup>

Comme l'indique ce dernier facteur à considérer, la question du rôle du pouvoir judiciaire dans le système constitutionnel constitue l'un des critères déterminants. Certains constitutionnalistes ont proposé de simplifier encore davantage le test. Par exemple, Peter Hogg suggère, à la suite de son analyse de

---

96. *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

97. *Nouveau-Brunswick (ministre de la santé et des services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 au para. 41.

98. *Borowski c. Canada (P. G.)*, *supra* note 84 aux para. 31, 34, 40.

la jurisprudence de la Cour suprême, que cette dernière accepte de décider de questions théoriques lorsque la question juridique est sérieuse et qu'elle sera adéquatement débattue par les parties<sup>99</sup>. Kent Roach insiste également sur la possibilité de débattre la question dans un forum contradictoire, ce qui amène Lorne Sossin à conclure comme suit : «The approach advocated by Hogg and Roach emphasize one aspect of justiciability, that of institutional capacity, at the expense of another, that of legitimacy of judicial intervention in the circumstances»<sup>100</sup>.

Il peut se produire que de telles questions hypothétiques soient soulevées dans le cadre d'un renvoi. Le tribunal exerce alors son pouvoir discrétionnaire et peut refuser de répondre à une question soumise par renvoi. Il peut en être ainsi, par exemple, parce que «la teneur de cette question n'est pas suffisamment juridique ou parce que sa nature ou l'information fournie ne permettent pas à la Cour d'y apporter une réponse complète ou exacte»<sup>101</sup>. Dans le renvoi concernant l'opposition du Québec au rapatriement<sup>102</sup>, la Cour suprême a accepté de répondre aux questions qui lui étaient posées malgré le fait que le rapatriement avait déjà eu lieu.

### ***La fonction consultative***

Dans le contexte d'un renvoi, le tribunal n'exerce pas sa fonction judiciaire traditionnelle, mais joue plutôt un rôle consultatif. Comme cela fut reconnu aux États-Unis, une séparation stricte des pouvoirs semble empêcher qu'une cour puisse se voir attribuer le pouvoir d'exercer un rôle consultatif. La validité constitutionnelle de cette procédure de renvoi avait jadis été affirmée<sup>103</sup> et, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême a confirmé qu'elle pouvait valablement exercer une telle fonction consultative<sup>104</sup>. Il est évident que cette procédure peut être utilisée à des fins politiques, comme en

---

99. P. Hogg, *Constitutional Law*, *supra* note 58 aux pp. 56-19, 56-20. Voir dans le même sens Kent Roach, *Constitutional Remedies*, Toronto, Canada Law Book, 1996 aux pp. 5-36 à 5-45.

100. L. Sossin, *supra* note 78 à la p. 104.

101. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 au para. 10.

102. *Re : opposition*, *supra* note 13 à la p. 806.

103. *Re References by Governor-General in Council*, [1910] 43 R.C.S. 536, conf. par [1912] A.C. 571.

104. *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 5 au para. 15.

témoignent les renvois survenus dans le cadre du rapatriement et, plus récemment, les avis consultatifs sur la sécession du Québec et le mariage entre personnes du même sexe<sup>105</sup>. Dans ce dernier cas cependant, la Cour suprême a évité partiellement le rôle politique que le gouvernement voulait lui faire jouer en s'abstenant de répondre à la quatrième question qui lui était posée<sup>106</sup>. Invoquant notamment les droits acquis des gais et lesbiennes qui s'étaient déjà mariés, la nécessité d'uniformiser le droit en matière de mariage civil dans l'ensemble du Canada ainsi que la stratégie du gouvernement d'emprunter la voie législative plutôt que de porter en appel les décisions des juridictions inférieures qui avaient déclaré inconstitutionnelle l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe, la Cour suprême a ainsi évité d'aborder la question plus fondamentale, en traduisant le tout dans son langage juridique :

Lorsque le droit reconstruit de manière autonome les conflits sociaux dans son propre discours, sous des conditions procédurales hautement artificielles, il déclenche un remarquable «effet d'aliénation». Le droit ne résout aucunement les conflits qui lui sont soumis, mais reconstruit des conflits propres qu'il est en mesure de résoudre<sup>107</sup>.

L'une des facettes de cette juridicisation concerne précisément les questions de preuve, ce qu'il s'agit maintenant d'aborder brièvement.

### ***La preuve constitutionnelle***

Quant aux règles de preuve en matière de droits et libertés, elles sont maintenant plus larges qu'elles ne l'étaient autrefois dans le contentieux constitutionnel. Morton et Knopff prétendent que :

la nouvelle attitude de la Cour, désormais disposée à accepter les «preuves extrinsèques» ou les «faits sociaux», c'est-à-dire des

---

105. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, *supra* note 101.

106. La Cour identifie les critères guidant un tel refus, *ibid.* au para. 62 : «La Cour peut néanmoins refuser de répondre à une question posée dans un renvoi lorsqu'elle juge qu'il serait inapproprié d'y répondre, soit parce que sa teneur n'est pas suffisamment juridique (ce qui n'est pas le cas en l'occurrence), soit parce que tenter d'y répondre créerait des problèmes à d'autres égards».

107. Gunther Teubner, «Un droit spontané dans la société mondiale?» dans Charles-Albert Morand, dir., *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 197 à la p. 216.

renseignements sur les questions de fond plus générales qui sont en cause, a donné une nouvelle importance à son rôle dans l'élaboration des politiques. En fait, sa décision la plus remarquée, celle qui a été rendue dans l'affaire *Morgentaler*, n'aurait pas été possible sans le recours à des faits extrinsèques<sup>108</sup>.

Traditionnellement, en droit constitutionnel canadien, le traitement des questions de preuve par les tribunaux a largement été influencé par le formalisme judiciaire hérité de la tradition britannique<sup>109</sup>. Le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*<sup>110</sup> est considéré comme un point tournant dans le contentieux constitutionnel, puisque la Cour suprême y a accepté des données de sciences économiques afin de décider du bien-fondé de la loi visant à lutter contre l'inflation. Fait à noter, cette acceptation de preuves extrinsèques ou de faits sociaux (faits législatifs) précède de quelques années l'entrée en vigueur de la *Charte*. Par conséquent, il ne faudrait pas entièrement imputer à cette dernière la modification de l'approche judiciaire en ce domaine. Néanmoins, il faut bien reconnaître que les questions de droits et libertés mettent généralement en cause des faits sociaux, ou faits législatifs, et que cette dimension est souvent déterminante afin de décider du caractère raisonnable, ou non, des limitations au droit ou à la liberté en cause.

L'évolution du test de l'article premier a conduit, sur cette question, à deux normes de contrôle. En vertu du test sévère de l'article premier, les tribunaux exigent une preuve de l'existence de faits sociaux alors que dans la version plus souple, on se satisfait de la rationalité de la croyance législative. L'opposition entre les juges McLachlin et Laforest dans l'arrêt *RJR-MacDonald c. Canada (P. G.)*<sup>111</sup> tourne largement autour de cette question. La juge McLachlin critique le Procureur général du Canada pour avoir fait défaut de présenter à la Cour les éléments de preuve pour défendre l'interdiction de la publicité des produits du tabac<sup>112</sup>.

---

108. F.L. Morton et R. Knopff, «La Cour suprême», *supra* note 81 à la p. 65.

109. Pour l'historique de cette question, voir Danielle Pinard, «La rationalité législative, une question de possibilités ou de probabilités? Commentaire à l'occasion de l'affaire du tabac» (1994) 39 R.D. McGill 401 [D. Pinard].

110. [1976] 2 R.C.S. 373.

111. *RJR-MacDonald c. Canada (P.G.)*, *supra* note 36.

112. *Ibid.* au para. 165 et s.

Bref, «[o]n voit donc se dessiner en jurisprudence une certaine reformulation du test des limites raisonnables, qui le replace en partie en partie dans le contexte d'une analyse judiciaire du caractère rationnel de l'évaluation législative des faits, par opposition à celui d'une analyse judiciaire directe de l'existence de ces mêmes faits»<sup>113</sup>. Cette attitude de déférence à l'égard du législateur s'est manifestée à l'occasion, entre autres, des affaires *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*<sup>114</sup> [*Edwards Books*], *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*<sup>115</sup> [*Irwin Toy*] et *McKinney c. Université de Guelph* [*McKinney*]<sup>116</sup>. Dans *Irwin Toy*, par exemple, la Cour a respecté le compromis auquel en est arrivé le législateur considérant qu'il s'agissait d'une décision qui exigeait «l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires» :

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. [...]

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement.<sup>117</sup>

De la même manière, dans l'affaire *McKinney*, la Cour suprême a respecté l'évaluation faite par le législateur puisqu'il s'agissait d'une question de preuve socio-économique. On y lit, sous la plume du juge LaForest :

---

113. D. Pinard, *supra* note 109 à la p. 421.

114. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

115. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

116. *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

117. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, *supra* note 115 aux para. 79-81.

J'examine maintenant la question de savoir si la retraite obligatoire porte «le moins possible» atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.<sup>118</sup>

Le juge établit également le lien entre la retenue judiciaire et l'évaluation de preuves de sciences sociales contradictoires :

Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, [...] la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.<sup>119</sup> [nos soulignés]

---

118. *McKinney c. Université de Guelph*, *supra* note 116 au para. 104.

119. *Ibid.* au para. 112.



Dans l'affaire *Adler c. Ontario*, la juge L'Heureux-Dubé résume comme suit la question de la preuve constitutionnelle et de son rapport avec la retenue judiciaire :

Dans les applications subséquentes du critère énoncé dans *Oakes*, notre Cour a modifié la norme de justification à laquelle l'État doit satisfaire en matière de preuve et de fardeau de preuve, et a fait preuve d'une plus grande retenue envers le choix du législateur dans les cas de lois à caractère social, c'est-à-dire une loi ayant un objectif valide relié à la justice sociale. Par exemple, notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la Charte (*Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199).<sup>120</sup>

Ces arrêts montrent bien que les questions de preuve en matière constitutionnelle soulèvent le problème de l'activisme ou la retenue judiciaires et, de ce fait, celle de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

### ***L'application de la Charte***

Enfin, la question de l'application de la *Charte* peut également receler ce genre de problématique. Certains exemples de retenue judiciaire en témoignent. Par exemple, dans l'affaire *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, relative à l'extradition aux États-Unis d'un individu susceptible d'y subir la peine de mort, le juge LaForest, au nom de ses collègues L'Heureux-Dubé et Gonthier, hésite à appliquer les garanties de la *Charte* :

[...] bien que les décisions du pouvoir exécutif soient, bien entendu, assujetties au contrôle judiciaire, la compétence des tribunaux de

---

120. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 au para. 91.

s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif dans ce domaine «doit s'exercer avec la plus grande circonspection de manière à respecter la position prééminente de l'exécutif en matière de relations extérieures»; voir *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, à la p. 558. L'exécutif a des connaissances beaucoup plus grandes que la Cour dans le domaine des relations extérieures et est en meilleure position pour évaluer un grand nombre des éléments qui ont été présentés précédemment. Je ne crois pas que l'appelant se soit acquitté de la charge d'établir que ses droits en vertu de Charte ont été violés.<sup>121</sup>

Pourtant, dans *Operation Dismantle c. La Reine* [*Operation Dismantle*], la Cour suprême avait jugé que la *Charte* s'applique à la prérogative royale, rejetant du même coup la doctrine des questions politiques, une approche développée par la Cour suprême des États-Unis prescrivant «qu'il existe certaines «questions politiques» qu'une cour de justice devrait refuser de trancher»<sup>122</sup>. De l'aveu même de la juge Wilson, si cela soulève la question de la compétence judiciaire ou institutionnelle, «son thème sous-jacent est la séparation des pouvoirs, le rôle dans lequel doivent se cantonner les tribunaux par rapport aux autres organes du gouvernement»<sup>123</sup>. La décision sur l'application de la *Charte* dans *Operation Dismantle* tranche avec la position prise en 1980 dans *Inuit Tapirisat c. P. G. Canada* où la Cour suprême avait jugé que la décision de l'autorité gouvernementale, en l'occurrence le Conseil des ministres, échappait au contrôle judiciaire en raison de son caractère politique<sup>124</sup>.

Les juges ont donc à la fois fait preuve de retenue et d'activisme dans l'application de la *Charte* au gouvernement. À l'inverse, les juges n'ont pas hésité à appliquer la *Charte* aux lois, s'abstenant toutefois de le faire à l'égard des privilèges parlementaires<sup>125</sup>. En la matière, l'une des questions les plus particulières demeure la distinction entre le droit civil québécois et la *common law* de droit privé dans les autres provinces. Cette différence entre les deux

---

121. *Kindler c. Canada (ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779 au para. 837.

122. *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 au para. 55. Malgré la distance prise avec la doctrine américaine des questions politiques, la Cour aurait défini une approche canadienne des questions politiques, qui exclurait dans certains cas la justiciabilité : L. Sossin, *supra* note 78 à la p. 145 et s.

123. *Operation Dismantle c. La Reine*, *supra* note 122 au para. 55.

124. *Inuit Tapirisat c. P.G. Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

125. *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

régimes s'explique par le fait que la Cour suprême a établi, dans l'affaire *Dolphin Delivery*<sup>126</sup>, le critère de l'intervention gouvernementale pour déterminer si la *Charte* s'applique à la norme en cause. La Cour a ultérieurement reconnu qu'en conséquence «la Charte aura une application plus générale au Québec que dans les autres provinces»<sup>127</sup>.

Que les normes étatiques, notamment celles du législateur, soient plus facilement visées par la *Charte* fait dire à certains que la Cour suprême s'érige en gardienne du législateur et consacre le libéralisme comme philosophie officielle de la *Charte*. Allan Hutchison et Andrew Petter, notamment, ont exprimé des réserves à l'égard d'une telle approche<sup>128</sup>. Leur pensée a été résumée comme suit par la professeure Danielle Pinard :

Plus encore, on constate que des documents constitutionnels de protection de droits et libertés, comme la Charte canadienne, risquent d'agir comme freins aux interventions législatives aptes à assurer, dans les faits, une réelle protection aux droits. En effet, en conformité avec la philosophie libérale, l'idée que les réelles atteintes à la liberté individuelle ne proviennent que de l'État fonde cette philosophie, c'est donc contre ces interventions qu'il faut protéger l'individu. Allan C. Hutchison et Andrew Petter ont bien montré en quoi une telle conception de la liberté n'est ni conforme à la réalité canadienne actuelle, ni souhaitable comme modèle de société. Les forces libres du marché peuvent être extrêmement préjudiciables à la liberté individuelle, ont-ils écrit, et, pour plusieurs, l'intervention de l'État est au contraire la seule voie possible de libération.<sup>129</sup>

Cette conception du contrôle de constitutionnalité consiste à accorder à l'État le monopole de la production du droit, ce qui relève, en théorie du droit, d'un positivisme juridique classique. Selon le libéralisme classique, il importe de protéger l'individu contre les empiètements étatiques, en lui garantissant les

---

126. *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

127. *McKinney c. Université de Guelph*, *supra* note 116 au para. 147.

128. Allan Hutchison et Andrew Petter, «Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter» (1988) 38 U. T. L. J. 278 [Hutchison et Petter].

129. Danielle Pinard, «Les dix ans de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit civil québécois: quelques réflexions» (1992) 24 *Revue de droit d'Ottawa* 193 à la p. 225. L'auteure réfère ici aux pages 283-284 de Hutchison et Petter, *supra* note 128.

libertés individuelles constitutives de sa sphère d'autonomie personnelle. Cela nécessite évidemment de la part des tribunaux un interventionnisme accru, selon la responsabilité qui leur échoit depuis l'avènement de la *Charte*.

De manière générale, la politique judiciaire de la Cour suprême semble confirmer que celle-ci estime que la *Charte* a transformé son rôle dans le système constitutionnel canadien. Jugée du point de vue des principes de la démocratie représentative, cette redéfinition des règles relatives à la qualité pour agir, à l'intervention, à la preuve et à l'application de la *Charte*, est incompatible avec le rôle traditionnel du pouvoir judiciaire. Toutefois, dans l'optique de la démocratie délibérative, cette ouverture des débats judiciaires se justifie par la volonté de faciliter l'accès et de favoriser la participation des différentes parties intéressées. Sur ces aspects, d'énormes lacunes continuent bien sûr de marquer le processus judiciaire. Mais, dans sa forme actuelle, le contrôle de constitutionnalité semble néanmoins plus démocratique qu'en d'autres régimes constitutionnels. Pour ne citer qu'un exemple, Dominique Rousseau, qui est bien connu pour son modèle de démocratie continue<sup>130</sup>, dérivé de la démocratie délibérative, apporte certaines pistes pour modifier le Conseil constitutionnel français, lesquelles touchent : au mode de désignation des juges constitutionnels, au moment du procès constitutionnel, afin de «basculer d'un contrôle *a priori* vers un contrôle *a posteriori*», aux acteurs du procès constitutionnel, dans le but premier de faire du justiciable l'acteur principal en lui reconnaissant le pouvoir de contester la constitutionnalité des lois, et enfin, à la procédure contentieuse<sup>131</sup>.

### 3. L'interprétation

Des traces du débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité apparaissent également dans l'interprétation des droits et libertés. Plusieurs interprétations particulières des droits et libertés peuvent être considérées comme des exemples de telles traces. Qu'une interprétation juridique soit du même coup une réflexion quant à la fonction du pouvoir judiciaire, voilà une idée qui a déjà été exprimée par le juge en chef Laskin :

---

130. Dominique Rousseau, «De la démocratie continue» dans Dominique Rousseau, dir., *La démocratie continue*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

131. D. Rousseau, *supra* note 1 aux pp. 372-375.

...[d]ès qu'il est admis, comme il le faut en l'espèce, que l'on peut raisonnablement différer d'opinion sur l'effet d'un texte visant un objectif qui est lui-même mis en question, nous nous trouvons dans une situation où notre opinion sur ce que doit être la juridiction et le rôle de cette Cour influencera notre conclusion<sup>132</sup>.

Dans le même sens, le professeur Georges Legault écrit que «l'interprétation des articles de la Charte ne peut se faire sans référer à la question cruciale de l'équilibre des pouvoirs législatif et judiciaire»<sup>133</sup>.

Au-delà de toutes les interprétations particulières construites en plus de vingt ans de jurisprudence sous la *Charte*, la Cour suprême a énoncé quelques approches interprétatives générales. Cette évolution nous informe quant aux conceptions du contrôle judiciaire de constitutionnalité entretenues par les juges du plus haut tribunal. C'est à l'étude de celles-ci que je vais d'abord me consacrer. Par la suite, des exemples tirés de l'interprétation de certains droits seront analysés afin d'y déceler des signes du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

### ***Approches interprétatives***

*La méthode originaliste (textuelle et intentionnaliste)* - La Cour suprême avait tôt tenté d'établir la légitimité de son action constitutionnelle par le recours à une méthode d'interprétation constitutionnelle. Notamment, l'interprétation textuelle et l'interprétation historique ont parfois été utilisées afin de justifier l'intervention constitutionnelle du tribunal. Par exemple, un argument de texte a été invoqué dans l'affaire *Operation Dismantle* afin de justifier le contrôle de la Cour suprême sur une question considérée hautement politique :

[d]'ailleurs, le par. 24(1) de la Charte, qui fait aussi partie de la Constitution, dit clairement qu'«un tribunal compétent» a la responsabilité de statuer sur cette question. Si le tribunal a le droit d'imposer la réparation qu'il «estime convenable et juste eu égard aux

---

132. *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, 831. Pour illustrer cette affirmation, qu'il suffise de rappeler la position du juge en chef Laskin, en comparaison avec celle du juge Dickson dans *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200.

133. Georges A. Legault, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada» (1989) *Ethica* 95 à la p. 97.

circonstances», je ne pense pas qu'il puisse décliner sa compétence parce que le litige serait en soi non justiciable des tribunaux ou parce qu'il met en cause une prétendue «question politique»<sup>134</sup>.

Dans l'interprétation des droits et libertés, les arguments de texte servent généralement à justifier des positions conservatrices. Par exemple, dans la célèbre affaire *R. c. Morgentaler*, le juge McIntyre, dissident, écrit :

Le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur des mesures législatives a pris de l'envergure mais, à mon avis, sa portée n'en demeure pas moins restreinte et elle devrait soigneusement être limitée à celle prescrite par la Charte. Je sais très bien qu'on ne s'entendra pas sur ce que prescrit la Charte et il va sans dire qu'il faudra une certaine mesure d'interprétation pour conférer substance et réalité à ses dispositions. Les tribunaux ne doivent pas cependant, sous prétexte d'interpréter, supposer l'existence de droits et de libertés qui ne reposent pas de manière solide et raisonnablement identifiable sur la Charte.<sup>135</sup>

Poursuivant son raisonnement quant au rôle de la Cour, le juge McIntyre avance que «les tribunaux doivent s'en tenir aux valeurs démocratiques qui sont clairement énoncées dans la Charte et s'abstenir d'imposer ou de créer d'autres valeurs qui ne s'y trouvent pas» :

Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp «prochoix» ou «provie», car cela irait à l'encontre de principes solides et de la primauté du droit dont parle le préambule de la Charte, ce qui doit donc signifier qu'aucun pouvoir discrétionnaire, pas même celui des tribunaux, n'est absolu. Il existe toutefois un problème en ce sens que la Cour doit conférer à l'énoncé général des droits et libertés que contient la Charte une substance et une vitalité véritables. Or, comment les tribunaux peuvent-ils s'acquitter de cette tâche sans assujettir la loi à au moins certaines de leurs opinions et préférences?<sup>136</sup>

---

134. *Operation Dismantle c. La Reine*, supra note 122.

135. *R. c. Morgentaler*, supra note 85 à la p. 136.

136. *Ibid.* aux para. 188, 190.

La réponse à cette question repose, selon le juge McIntyre, dans le choix de l'approche interprétative. Il adopte une approche interprétativiste que l'on a nommée «originaliste» dans la théorie constitutionnelle américaine. Il s'en remet ainsi au texte et aux travaux préparatoires de la *Charte* :

Pour ma part, j'estime que la jurisprudence de cette Cour est instructive à cet égard. Dans des arrêts comme *Hunter c. Southam Inc.*, 1984 2 R.C.S. 145, aux pp. 155 et 156, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 1 R.C.S. 295, à la p. 344, la Cour a recommandé que, dans l'application de la Charte et de ses dispositions, soit adoptée ce qu'on a appelé une «méthode qui tient compte de l'objet visé». J'interprète cela comme signifiant que les tribunaux devraient interpréter la *Charte* de manière à mettre à exécution ses dispositions plutôt que le point de vue personnel du juge qui écrit. Cette façon de procéder établit des bornes que les tribunaux ne devraient pas dépasser lorsqu'ils se prononcent sur la *Charte*. Elle circonscrit le contenu des droits et libertés garantis par la *Charte* aux objets qui y sont formulés. Par conséquent, bien que les tribunaux doivent continuer à donner aux dispositions de la *Charte* une interprétation juste, large et libérale, cette méthode empêche la Cour d'abandonner son rôle décisionnel traditionnel pour formuler ses propres conclusions sur des questions de politique générale, ce qu'à maintes reprises la Cour a dit qu'elle devait éviter de faire. Affirmer que l'interprétation de la *Charte* doit tenir compte de son objet implique nécessairement l'inverse: elle ne doit pas s'interpréter «d'une manière qui fait abstraction de l'objet visé». Une cour n'est pas habilitée à donner à un droit une définition n'ayant aucun rapport avec l'intérêt qu'est destiné à protéger le droit en question.<sup>137</sup>

Ainsi, le juge McIntyre semble d'avis que les valeurs et le sens des droits sont déterminés par le texte de la *Charte*. Au-delà de cette méthode textuelle, l'opinion du juge montre bien comment l'approche interprétative est reliée à la conception qu'a le juge de la légitimité du contrôle judiciaire. La méthode textuelle et la méthode historique, que l'on peut associer au positivisme juridique, sont les principales approches interprétatives utilisées afin de faire preuve de retenue judiciaire.

---

137. *Ibid.* au para. 190.

La décision du juge Lamer dans le *Renvoi relatif au par. 94(2) de la Motor Vehicle Act de la Colombie-Britannique* marque une évolution importante dans l'approche interprétative de la Charte par la Cour suprême. C'est à l'occasion de cet avis consultatif, faut-il le rappeler, que le juge Lamer avait indiqué que les juges doivent «aborder les décisions en vertu de la Charte en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité»<sup>138</sup>. Après s'en être alors remis à la décision des élus de confier, avec la Charte, une nouvelle tâche aux tribunaux, le juge Lamer a rejeté, afin d'interpréter l'expression «principes de justice fondamentale» de l'article 7, l'approche historique consistant à recourir à l'intention du constituant conformément à la théorie de l'intention originelle (ou originalisme) :

Si on veut que «l'arbre» récemment planté qu'est la Charte ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance<sup>139</sup>.

À cet égard, il peut paraître surprenant de retrouver, quelques années plus tard, sous la plume du même juge Lamer, devenu juge en chef, le passage suivant lors de l'interprétation du droit à la liberté de l'article 7 :

Même s'il est reconnu que les cours de justice, par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la Charte, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepassse l'intention manifeste de ses rédacteurs<sup>140</sup>.

---

138. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 au para. 15.

139. *Ibid.* au para. 52.

140. *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 au para. 15.



Dans cette affaire, le juge Lamer avait limité le droit à la liberté à sa dimension physique.

S'il est vrai que la formulation des droits et libertés dans la *Charte* présente un caractère flou, une teneur indécise, une texture ouverte, il est erroné d'y voir une réalité nouvelle par rapport aux autres normes juridiques. Cette dimension interprétative caractérise le droit dans son ensemble, et non seulement le droit constitutionnel. La démonstration serait ici très longue, mais quiconque s'intéresse à l'interprétation juridique connaît ce caractère indéterminé du droit. Cet aspect a été exacerbé ou exagéré par certaines théories du droit, notamment celles des courants critique et postmoderne, qui entraînent le droit vers le nihilisme ou, à tout le moins, le scepticisme. Ces approches sous-estiment les contraintes argumentatives, systémiques et institutionnelles qui pèsent sur le processus judiciaire.

Ainsi, la réserve judiciaire dans l'interprétation constitutionnelle n'est pas réellement différente de celle que l'on peut observer dans l'interprétation des lois ordinaires ou dans l'interprétation de la *common law*. Dans l'interprétation législative, la référence constante à la notion de l'intention du législateur peut d'ailleurs être comprise comme une tentative des tribunaux de faire porter sur ce dernier la responsabilité de la production du droit. De même, dans l'interprétation de la *common law*, la Cour suprême a parfois considéré que les changements nécessaires relèvent du législateur. Par exemple, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D. F.)*, elle a refusé d'imposer la détention d'une femme enceinte dont la conduite mettait en cause la santé du fœtus :

Considérés dans leur ensemble, les changements qu'il faudrait apporter au droit de la responsabilité délictuelle pour confirmer l'ordonnance de détention en cause posent de telles difficultés quant à leur ampleur, à leurs répercussions et aux questions de principe qu'ils soulèvent, qu'ils ne sauraient relever légitimement du pouvoir des tribunaux de faire évoluer progressivement le droit. Il appartient davantage au législateur qu'aux tribunaux de décider si de telles modifications sont

opportunes et, le cas échéant, de déterminer quelle doit être la portée de la réforme.<sup>141</sup>

*La méthode téléologique* - Dès ses premiers arrêts sous la *Charte*, la Cour suprême a précisé que cette dernière n'est pas une loi ordinaire et qu'elle doit recevoir, par conséquent, une interprétation large et libérale plutôt que formaliste. Ainsi, dans *Hunter c. Southam*, la Cour suprême a établi que l'interprétation des droits et libertés doit emprunter à la méthode téléologique<sup>142</sup>. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart*, voici comment le juge en chef Dickson formule les principes d'interprétation constitutionnelle :

Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la Charte. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la Charte consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la Charte doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la Charte elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la Charte. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation

---

141. *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg (région du Nord-Ouest) c. G. (D.F.)*, [1997] 3 R.C.S. 925 au para. 47.

142. *Hunther c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 aux para. 18-20 : «[c]ette analyse générale qui consiste à examiner le but visé et à interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges est également compatible avec les règles classiques d'interprétation de la Constitution américaine énoncées par le juge en chef Marshall dans l'arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819). C'est également le point de vue que j'entends adopter en l'espèce.

Je commence par ce qui est évident. La Charte *canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [...]

Puisque la façon appropriée d'aborder l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés est de considérer le but qu'elle vise ...».

doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la Charte n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés.<sup>143</sup>

L'interprétation téléologique a prévalu dans de nombreuses décisions. Il continue d'en être ainsi. Cette approche emprunte largement à la théorie morale du droit<sup>144</sup>, c'est-à-dire que «l'interprétation téléologique d'une disposition constitutionnelle constitue une forme de raisonnement par lequel les juges matérialisent, concrétisent ou réalisent les *principes* qui sous-tendent les droits ou libertés enchâssés»<sup>145</sup>. Dans une telle interprétation téléologique des droits constitutionnels, un principe est :

une *norme*, générale et abstraite, reconnue par l'interprète, qui exprime un jugement de valeur selon lequel la protection d'un intérêt particulier est désirable et constitue une raison suffisante de conférer des droits constitutionnels et, corrélativement, d'imposer des devoirs à l'État (l'exécutif et le législatif)<sup>146</sup>.

Il existerait ainsi un droit moral (i.e. un droit fondé sur un principe) :

Il s'ensuit que la *justification*, le *fondement*, ou la *raison d'être* d'un droit constitutionnel garanti et, corrélativement, d'un devoir juridique imposé à l'état dans le but de protéger *tel* intérêt est le *droit moral* qui affirme que *cet* intérêt particulier est digne d'une protection constitutionnelle et qu'il constitue une raison suffisante pour conférer un droit juridique et, corrélativement, imposer un devoir à l'État. On

---

143. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 88 aux para. 116-117.

144. Voir Luc B. Tremblay, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», *supra* note 40.

145. *Ibid.* à la p. 463.

146. *Ibid.* à la p. 464.

pourrait ainsi affirmer que le but d'une disposition constitutionnelle est de protéger ou promouvoir un *droit moral*.<sup>147</sup>

Cependant, selon Hugo Cyr, l'interprétation constitutionnelle serait davantage holistique et pragmatiste que téléologique<sup>148</sup>. Selon cette analyse, l'interprétation aurait ainsi fort peu à voir avec le processus logico-déductif, les arguments étant appréciés et soupesés les uns par rapport aux autres : il existerait généralement un argument plus déterminant, qui colore tous les autres, et la Cour ferait les ajustements nécessaires pour que les autres arguments aillent dans le même sens. Dans l'interprétation des questions institutionnelles et de partage des compétences législatives, ce serait les arguments basés sur la théorie du fédéralisme (arguments de théorie constitutionnelle et de fédéralisme), par opposition aux arguments de texte, aux motifs historiques (intentions des constituants de 1867), qui servent de lignes directrices. Sous la *Charte*, l'interprétation semble d'abord axée sur les valeurs et les finalités. Mais la démarche serait globale, c'est-à-dire que tous les facteurs sont interreliés, «l'interprète décide d'un argument en ayant en tête tous les autres»; «c'est au fond l'ensemble qui compose les parties plutôt que l'inverse»<sup>149</sup>. Avec cette approche holistique, s'envolent les prétentions de la méthode téléologique de la vérité-cohérence et de la bonne réponse : «[i]l s'agit en effet de la fin d'un monde, celui du cartésianisme»<sup>150</sup>.

Ce qui sera cohérent ne peut être déterminé par un individu qu'à la fin du processus de réajustement et non *a priori*. Le résultat du processus, c'est-à-dire la forme que prendra l'équilibre, dépendra des divers éléments de connaissance de chacun. Ainsi, l'holisme justifie le pluralisme interprétatif en ce qu'il implique que l'interprétation sera le fruit d'une succession de réajustements, de *tradeoffs* où chaque élément de la connaissance est appelé à être modifié au profit d'une des images possibles de la cohérence de l'ensemble. Il suffit que l'interprète fasse un ajustement différent dès le départ et la cohérence de l'ensemble pourrait exiger une interprétation toute différente de celle effectuée. De plus, les expériences et connaissances de chacun

---

147. *Ibid.* à la p. 470.

148. Hugo Cyr, «L'interprétation constitutionnelle, un exemple de postpluralisme» (1998) 43 R.D. McGill 565 [H. Cyr].

149. *Ibid.* à la p. 578.

150. *Ibid.* à la p. 587.

étant différentes, les éléments à réajuster le sont aussi. Par conséquent, l'image de la cohérence interne variera selon les individus. C'est donc pour ces deux motifs, soit l'absence de principes plus fondamentaux que d'autres et qu'il n'existe pas qu'une seule bonne réponse, que la théorie de la vérité comme cohérence ne peut être utilisée afin d'évaluer la justesse d'une décision prise par autrui.<sup>151</sup>

Cyr conclut son texte en formulant six propositions, parmi lesquelles on retrouve celles-ci :

1) La décision judiciaire sur une question constitutionnelle n'est jamais prise en comptabilisant les arguments issus des différents axes argumentatifs reconnus (texte, précédents, autorités, théories, valeurs, pragmatisme et histoire) mais en les agencant et les ajustant les uns aux autres de manière à ce qu'ils pointent tous dans la même direction. Il y a donc un holisme explicite dans l'interprétation constitutionnelle.

2) Les théories traditionnelles du droit fondent généralement leur vision de l'interprétation sur la prémisse qu'il existe une bonne réponse, ou que s'il n'y a pas une seule bonne réponse, alors le décideur doit exercer sa discrétion à l'intérieur d'un cadre défini (approche kelsénienne) ou doit l'exercer de façon à choisir celle dont le résultat substantif protège mieux les intérêts d'un groupe en particulier. Mon propos visait surtout à contester la première prémisse et à tenter d'expliquer pourquoi il existe une pluralité d'interprétations possibles. J'ai tenté de démontrer que la deuxième prémisse était épistémologiquement déficiente et qu'elle l'était même au regard de sa propre logique. Quant à la troisième, ma réflexion fait voir implicitement pourquoi les intérêts de certains groupes peuvent sembler devoir être protégés, puisque nos croyances et leur charge émotive nous inclinent de certains côtés, sans toutefois permettre d'identifier quels intérêts une interprétation constitutionnelle devrait favoriser. Il s'agira du sujet d'un autre essai.

3) La vérité, qu'on la comprenne dans un sens de correspondance ou de cohérence, n'est d'aucune utilité pour l'interprétation constitutionnelle et son évaluation. Elle n'est qu'un compliment fait à une affirmation en laquelle on croit. Elle peut être utile une fois la

---

151. *Ibid.* aux pp. 586-587.

décision prise mais pas avant qu'elle ne le soit. La vérité ne peut servir d'élément régularisant de l'interprétation puisque toute connaissance est une construction.<sup>152</sup>

*La méthode contextuelle* - Par la suite, la Cour a aussi adopté ce qu'elle appelle la méthode contextuelle, une méthode d'application de la *Charte* qui est également devenue une méthode interprétative<sup>153</sup>. C'est ainsi que les juges de la Cour suprême ont pu parler d'une «méthode contextuelle d'interprétation de la Charte»<sup>154</sup> et qualifier l'approche ou la méthode contextuelle comme «un principe d'interprétation constitutionnelle d'une importance capitale»<sup>155</sup>. La méthode contextuelle est maintenant consacrée dans plusieurs arrêts de la Cour suprême. C'est à la juge Wilson dans l'affaire *Edmonton Journal c. Alberta (P. G.)* qu'est généralement attribuée la paternité de cette méthode. Elle y écrivait, entre autres, ceci :

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie.<sup>156</sup>

Pour illustrer cette méthode contextuelle d'interprétation, l'on peut mentionner les arrêts *Ford c. Québec (P. G.)* et *Suresh c. Canada (Ministre de*

---

152. *Ibid.* à la p. 609.

153. Sur cette évolution, voir Danielle Pinard, «La méthode contextuelle» (2002) 81 R. du Bar. Can. 323 [D. Pinard].

154. *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 au para. 145.

155. *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 au para. 142.

156. *Edmonton Journal c. Alberta (P. G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 au para. 52.

la citoyenneté et de l'immigration). Dans le premier<sup>157</sup>, la Cour semble avoir interprété la *Charte* à la lumière d'une clause interprétative implicite, qui devait précisément être enchâssée dans la constitution à cette époque par l'Accord du lac Meech<sup>158</sup>. Dans le second<sup>159</sup>, la Cour suprême a référé aux éléments contextuels des attentats terroristes du 11 septembre 2001 pour interpréter l'article 7 de la *Charte*.

Si l'adoption de la méthode contextuelle par la Cour suprême a parfois suscité un certain enthousiasme<sup>160</sup>, cette méthode est surtout caractérisée par l'incertitude : d'une part, les modes de détermination du contexte sont indéfinis et, d'autre part, l'on risquerait par conséquent d'introduire un pouvoir discrétionnaire en rendant la décision entièrement dépendante du contexte<sup>161</sup>. La question de savoir comment opère la contextualisation demeure entière.

Les théories traditionnelles de l'interprétation, de même que les approches critiques qui rejettent le droit parce que trop indéterminé dans sa formulation textuelle, n'interrogent généralement pas le moment d'application du droit. Et surtout, elles ne voient pas en quoi l'application rejaillit ou rétroagit sur l'interprétation<sup>162</sup> : c'est pourquoi on ne peut distinguer, comme le fait Jürgen Habermas en s'appuyant sur la thèse de Klaus Günther<sup>163</sup>, les moments de justification et d'application pour montrer qu'il s'agit de deux discours différents, avec chacun sa logique argumentative. Günther prétend que la nature de l'indétermination varie selon que l'on justifie l'adoption d'une norme ou qu'on applique une norme. Dans le premier cas, il doit s'agir de justifier la norme, c'est-à-dire que la validité de la norme doit satisfaire un critère d'universalisation, au terme d'une procédure argumentative. Lors de

---

157. *Ford c. Québec (P. G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

158. Accord constitutionnel du 3 juin 1987.

159. *Suresh c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3.

160. Voir par exemple, Shalin M. Sugunasiri, «Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability», (1999) 22 Dalhousie L. J. 126.

161. D. Pinard, *supra* note 153 à la p. 323.

162. Voir notamment Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999; François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

163. Klaus Günther, «Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale» (1992) 37 Ar. philo. dr. 269. Selon cette distinction, dans les discussions relatives à l'application, l'indétermination ne porte pas sur la validité de la norme, sa justification en raisons, mais sur le choix de la norme valide la plus appropriée.

l'application de la norme, puisqu'il existe déjà des normes valides, l'indétermination consiste plutôt dans le choix de la norme.

Cette fausse distinction sert à légitimer l'action constitutionnelle des juges :

En tout cas, la justice constitutionnelle, qui part du cas particulier, se *limite* à l'*application* de normes (constitutionnelles) dont la validité est présumée; c'est pourquoi, en ce qui concerne les tâches que peuvent légitimement remplir la Justice et la Législation, la distinction entre discussions portant sur l'application des normes et discussions portant sur leur justification offre tout de même un critère de délimitation fondé sur la logique de l'argumentation<sup>164</sup>.

Habermas écrit encore :

Quant à une Cour constitutionnelle qui obéit à une conception procéduraliste de la Constitution, [...] elle n'a nullement besoin d'abuser de la légitimité dont elle est créditée et peut rester dans les limites des compétences de l'application du droit, clairement définies en termes de logique de l'argumentation<sup>165</sup>.

Pour rejeter cette distinction entre le discours de justification et le discours d'application d'une norme, il suffit de rappeler que les travaux récents en théorie de l'interprétation montrent bien que c'est au moment de l'application d'une norme que celle-ci se définit. C'est ce que Wittgenstein appelle le paradoxe de la règle. D'ailleurs, la jurisprudence relative aux normes constitutionnelles illustre bien que dans l'application des droits et libertés, les juges les élaborent, les définissent. En prenant compte du moment d'application, l'interprétation ne peut être que contextuelle. La question devient plutôt celle de savoir comment ce contexte doit être reconstruit, une question qui dépasse largement l'objet du présent texte.

---

164. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 aux pp. 284-285.

165. *Ibid.* à la p. 303.



### ***L'interprétation de certains droits***

Au-delà des grandes approches interprétatives dégagées par les juges du plus haut tribunal canadien, l'analyse de plusieurs arrêts peut servir à illustrer l'importance du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire dans l'application et l'interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte*. Par ailleurs, en raison de la division en deux étapes du raisonnement sous la *Charte*, d'abord l'interprétation du droit puis la limitation du droit sous l'article premier, la question des rapports qu'entretient le pouvoir judiciaire avec les élus est souvent confinée à la seconde étape. La présence de la disposition limitative de l'article premier a favorisé une interprétation absolutiste de certains droits et libertés. Notamment pour des raisons de fardeau de preuve, la Cour suprême a parfois préféré réserver toute discussion relative à la limitation des droits et libertés au stade du raisonnement de l'article premier. À titre d'exemple, la liberté d'expression a été définie comme incluant toute forme d'expression, à l'exception de la violence. C'est ainsi que la fomentation de la haine<sup>166</sup>, la sollicitation pour fins de prostitution<sup>167</sup> et la pornographie<sup>168</sup> ont été considérées comme des discours protégés par l'alinéa 2b) de la *Charte*. Il est vrai que la restriction de ces types de discours, qui s'éloignent du cœur de la liberté d'expression, sera plus facile et justifiera, par conséquent, un contrôle moins rigoureux, à l'étape de l'article premier, des dispositions du *Code criminel* qui les interdisent en tout ou en partie.

Revenons maintenant à l'étape de l'interprétation des droits. La célèbre affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, avant même d'être une question de droit à la vie et/ou de droit à la mort, illustre une divergence de vues entre des conceptions de la fonction judiciaire. Ce choix entre la retenue et l'activisme judiciaires explique en partie la division de cinq juges contre quatre. Rédigeant les motifs de la majorité, le juge Sopinka précise :

D'une part, la Cour doit être consciente de son rôle au sein de la structure constitutionnelle de notre forme de gouvernement démocratique et ne doit pas chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des

---

166. *R. c. Keegstra*, *supra* note 45.

167. *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du code criminel (man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123.

168. *R. c. Butler*, *supra* note 46; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.

principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi. D'autre part, la Cour est non seulement habilitée à se prononcer sur cette question mais elle est même tenue de le faire si la Charte paraît avoir été violée. Le pouvoir d'examiner une loi pour déterminer si elle est compatible avec la Charte s'étend tant aux questions de fond que de procédure. Les principes de justice fondamentale laissent une grande place au jugement individuel et la Cour doit veiller à ce qu'ils ne deviennent pas des principes qui sont de justice fondamentale aux yeux de l'intéressé seulement.<sup>169</sup>

À l'inverse, la dissidence, qui déclare inconstitutionnelle la disposition du *Code criminel* interdisant l'aide au suicide, fait preuve de moins de déférence à l'égard du législateur. Le juge Lamer, notamment, écrit :

On peut qualifier également l'infraction d'aide au suicide de «controversée» et «chargée d'éléments moraux»; il serait donc injuste pour notre Cour de circonscrire indûment les choix qui s'offrent au Parlement dans l'analyse des «pressions politiques contradictoires» qui forgent sa décision<sup>170</sup>.

Il poursuit :

Pour ce faire, cette préoccupation des choix complexes et délicats demandés au Parlement parmi différentes options politiques raisonnables, dont certaines risquent de porter atteinte aux droits d'un particulier ou d'un groupe plus qu'à un autre, ne signifie pas que le Parlement peut, quand il le juge nécessaire, enfreindre à sa discrétion des droits garantis par la Charte.<sup>171</sup>

L'interprétation de l'article 15 de la *Charte*, le droit à l'égalité, est un autre exemple de la relation entre l'interprétation constitutionnelle et la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Déjà dans l'affaire *Andrews*, la première décision de la Cour suprême portant sur l'article 15, des juges de la Cour suprême ont eu recours à la théorie du renforcement de la représentation de John Ely pour interpréter le droit à l'égalité<sup>172</sup>.

---

169. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para. 139.

170. *Ibid.* au para. 87.

171. *Ibid.* au para. 88.

172. *Andrews*, *supra* note 31.

L'interprétation du droit à l'égalité des femmes permet d'illustrer les rapports entre l'interprétation constitutionnelle et le rôle des tribunaux sous la *Charte*. Analysant l'intégration des valeurs véhiculées par les femmes dans le droit canadien, Andrée Lajoie en arrive à la conclusion suivante :

Le schéma qui se dégage permet de dichotomiser entre deux groupes de décisions. Le premier regroupe des affaires relatives à la vie privée des femmes : avortement et violence sous toutes ses formes : la Cour les accueille en majorité, du moins pour partie (1 1/4) (trois des quatre exceptions concernant les critères de preuve en matière d'agression sexuelle), invoquant surtout l'intégrité, la dignité, la justice et même parfois l'égalité. Le second touche au contraire leur vie publique, notamment travail et activité politique, et réunit les pourvois en matière de discrimination sociale, politique ou économique : la Cour les rejette en majorité (8/3), en récusant parfois même expressément l'égalité, pour préférer la volonté du Parlement, la liberté du gouvernement ou d'association, la justice individuelle et l'équité et l'autonomie des conjoints.

Bref, les femmes peuvent mener leur vie privée à l'abri de la violence familiale, sexuelle et même symbolique, et la Cour les protégera même contre les dangers que les grossesses non désirées font courir à leur santé psychologique. Mais pour l'argent et le pouvoir, on repassera : dans la sphère publique, ni l'égalité économique, ni la participation politique ou sociale significative ne leur sont accessibles, surtout si, en plus d'être femmes, elles ont le tort supplémentaire d'être Autochtones...<sup>173</sup>

Andrée Lajoie confirme alors l'hypothèse qu'elle développe concernant les valeurs des minorités en général, qu'il s'agisse de minorités politiques comme les Autochtones et les Québécois, ou de minorités sociales comme les femmes et les gais et lesbiennes, à savoir que les valeurs minoritaires sont prises en compte par les tribunaux lorsqu'elles ne remettent pas en cause les intérêts et les valeurs majoritaires<sup>174</sup>.

---

173. Andrée Lajoie *et al.*, *Quand les minorités font la loi*, *supra*, note 6 à la p. 77. L'auteur s'appuie ici sur la recherche menée par Andrée Lajoie, Marie-Claude Gervais, Éric Gélinau et Richard Janda, «La majorité marginalisée : le trajet des valeurs des femmes vers le forum judiciaire et leur intégration dans le discours de la Cour suprême» (2000) 34 R.J.T. 563.

174. *Ibid.*; voir aussi Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, *supra* note 6.

À ces analyses qui reposent sur une méthodologie complexe, qu'il soit permis de superposer une hypothèse qui se vérifie également dans l'analyse du discours judiciaire. Le sort des valeurs minoritaires repose au surplus sur les conceptions qu'ont les juges de la fonction judiciaire, c'est-à-dire que les droits des minorités se verront reconnus ou écartés selon qu'il s'agit d'une question sur laquelle les juges font habituellement preuve d'activisme ou de retenue<sup>175</sup>.

L'interprétation et l'application des droits dans certaines affaires mettant en cause les intérêts et les valeurs des femmes peuvent servir d'illustrations. Dans les domaines où les droits des femmes ont été le plus souvent reconnus, la plupart de ces affaires relevaient du droit criminel (avortement, violence), une branche du droit où les juges estiment qu'ils ont toute la légitimité pour agir en raison de leur expertise<sup>176</sup>. À l'inverse, dans les affaires où les valeurs défendues par les femmes n'ont généralement pas eu gain de cause, il s'agissait de domaines où les tribunaux font preuve de retenue à l'égard des choix législatifs et gouvernementaux<sup>177</sup>. Par exemple, dans l'affaire de l'*Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*<sup>178</sup>, la question en cause était de savoir si l'on pouvait obliger le gouvernement fédéral à subventionner une association représentant les intérêts des femmes autochtones afin qu'elle puisse participer aux discussions sur la réforme de la Constitution. Évidemment, dans la perspective de la démocratie délibérative, la participation au débat constitutionnel et la reconnaissance d'une liberté positive (qui crée pour l'État

---

175. Car il faut faire attention de ne pas associer la retenue au conservatisme et l'activisme au progressisme; cela dépend également du caractère conservateur ou progressif de la loi sous examen. Ainsi, si les juges font preuve d'activisme à l'égard d'une loi progressiste, cela équivaut à faire preuve de retenue à l'égard d'une loi conservatrice.

176. *R. c. Morgentaler*, *supra* note 85; *R. c. Butler*, *supra* note 46; *R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. O'Connor*, *supra* note 69; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Mills*, *supra* note 66; *R. c. Pelletier*, [1999] 3 R.C.S. 863; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Darrach*, [2000] 2 R.C.S. 443. Les deux affaires suivantes ne relèvent pas directement du droit criminel puisqu'abordées dans la perspective des libertés publiques : *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252 (harcèlement sexuel); *Tremblay c. Daigle*, *supra* note 96 (avortement).

177. *Weatherall c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Béliveau-St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Boston c. Boston*, [2001] 2 R.C.S. 413; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307.

178. *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

une *obligation de faire*) auraient dû être encouragées. La Cour suprême a décidé que «la Charte canadienne des droits libérés ne restreint pas la liberté des gouvernements de choisir et de financer leurs conseillers sur des questions de politique générale»<sup>179</sup>. Concluant que la preuve ne permet pas de conclure que les quatre groupes subventionnés n'étaient pas représentatifs du point de vue des femmes, les juges de la Cour suprême ont choisi de respecter la décision gouvernementale.

Comparer les interprétations du droit de vote et de la liberté d'association sous la *Charte* peut aussi servir d'exemple quant aux différentes approches adoptées par les juges et à l'importance de leur conception du pouvoir judiciaire et de son rôle. Dans l'interprétation de l'article 3 (le droit de vote) les juges considèrent qu'il s'agit d'un droit fondamental dans le régime démocratique et, en conséquence, invalident généralement les lois qui le restreignent. Ainsi, dans l'affaire *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, la juge en chef McLachlin, au nom de la majorité, écrit que le droit de vote est «un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi»<sup>180</sup>.

Une interprétation large et fondée sur l'objet est particulièrement importante dans le cas du droit de vote. Les rédacteurs de la *Charte* ont souligné l'importance privilégiée que revêt ce droit non seulement en employant des termes généraux et absolus, mais aussi en le soustrayant à l'application de l'art. 33 (clause de dérogation). Je conclus que l'art. 3 doit être interprété littéralement et que sa portée ne devrait pas être limitée par des intérêts collectifs opposés, comme le gouvernement a l'air de soutenir.<sup>181</sup>

En conséquence, la disposition de la loi électorale fédérale qui privait du droit de vote les détenus ayant commis des crimes graves a été considérée comme étant une restriction inconstitutionnelle. Également, dans l'affaire *Figueroa c. Canada (P. G.)*, où était en cause la constitutionnalité de dispositions législatives fédérales qui n'accordent certains avantages qu'aux seuls

---

179. *Ibid.* au para. 91 (j. McLachlin).

180. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 9.

181. *Ibid.* au para. 11.

partis politiques ayant présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions électorales, le droit de vote y est encore largement interprété. Il vise le droit à la représentation effective, qui ne se limite pas au droit à un représentant efficace au Parlement ou à l'Assemblée législative. L'article 3 de la *Charte* a pour objet d'accorder aux citoyens le droit de jouer un rôle significatif dans le processus électoral.

Le fait que les droits garantis par l'art. 3 sont des droits de participation étaye la thèse que l'art. 3 doit être interprété en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de l'élection d'une forme de gouvernement en particulier. L'article ne fait pas état de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, mais uniquement du droit de tout citoyen à un certain degré de participation au processus électoral. Il ressort donc du texte même de l'art. 3 que l'élément central de cette disposition est le droit de tout citoyen de participer au processus électoral. Il en découle que le droit de tout citoyen de participer à la vie politique du pays revêt une importance fondamentale dans une société libre et démocratique et que l'art. 3 doit être interprété d'une manière propre à faire en sorte que la teneur de ce droit de participation corresponde à l'importance de la participation individuelle à l'élection des députés dans un État libre et démocratique. Définir l'objectif de cette disposition en fonction du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral, et non en fonction de la composition du Parlement ou de l'assemblée législative au terme de l'élection, protège davantage contre les interprétations trop restrictives le droit de participation que garantit expressément l'art. 3.<sup>182</sup>

Sur cette base, la Cour en arrive à la conclusion que le critère des 50 candidatures viole l'article 3 de la *Charte*, dans la mesure où il :

réduit la capacité des citoyens d'influencer la politique sociale en introduisant leurs idées et leurs opinions dans le débat public par leur participation au processus électoral. Elle [il] mine aussi la capacité des citoyens d'exercer leur droit de vote d'une manière qui reflète exactement leurs préférences. Dans chaque cas, la condition contestée est incompatible avec l'objet même de l'art. 3 de la *Charte*, savoir la

---

182. *Figueroa c. Canada (P. G.)*, [2003] 1 R.C.S. 192 au para. 26.

protection du droit de tout citoyen de jouer un rôle significatif dans le processus électoral<sup>183</sup>.

Cette interprétation large et généreuse du droit de vote contraste avec l'interprétation d'autres droits, dont celle de la liberté d'association. Il est intéressant de noter que certains voient dans la jurisprudence récente de la Cour suprême, en particulier l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration)*<sup>184</sup>, un avenir stimulant pour la liberté d'association<sup>185</sup>. La prise en compte du droit international qui s'y manifeste pourrait amener une évolution importante de la liberté d'association en raison de l'attachement du droit international aux droits du travail. Or, dans le passé, depuis le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*<sup>186</sup>, la contextualisation a plutôt servi à limiter cette liberté. En effet, les tribunaux ont préféré laisser au législateur la responsabilité des relations de travail, estimant qu'il s'agit d'un domaine où la retenue judiciaire est de mise dans l'interprétation et la mise en œuvre de la liberté d'association. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*<sup>187</sup>, relative aux systèmes des certificats de compétence et d'adhésions syndicales dans l'industrie de la construction québécoise, malgré qu'elle reconnaisse un aspect négatif à la liberté d'association, c'est-à-dire une liberté de ne pas s'associer, la Cour suprême fait preuve d'une certaine retenue à l'égard du législateur dans le contexte des relations de travail. Notamment, le juge LeBel écrit, commentant une décision précédente<sup>188</sup>, que «la Cour suprême a entièrement laissé le domaine des relations du travail au processus politique, au Parlement et aux législatures provinciales»<sup>189</sup>. Plus loin, il ajoute :

Par ailleurs, les arrêts de notre Cour n'ont jamais conclu que les lois du travail se trouvaient à l'abri d'un examen fondé sur la Charte. Ils n'affirment pas que l'al. 2d) ou les autres dispositions de la Charte n'exigeront jamais qu'une loi sur les relations du travail soit déclarée invalide ou qu'elle fasse l'objet d'une autre forme de réparation.

---

183. *Ibid.* au para. 58.

184. *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

185. Voir notamment Alain-Robert Nadeau, «Approche contextuelle et droit international», J. du Bar., vol. 33, no 15, 15 septembre 2001.

186. [1987] 1 R.C.S. 313.

187. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209.

188. *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

189. *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, *supra* note 187 au para. 161.

Néanmoins, notre Cour a toujours fait preuve de retenue quant aux interventions constitutionnelles en matière de relations du travail. Cette attitude non-interventionniste a eu comme résultat concret que les mécanismes de négociation et les droits qui ont largement défini le rôle des syndicats pendant plus d'un demi-siècle au Canada n'étaient plus, jusqu'à maintenant, protégés par la Charte. Celle-ci est restée une force neutre en ce qui concerne ces droits.<sup>190</sup>

Il est intéressant de noter que, dans la phrase qui suit immédiatement, le juge LeBel fait remarquer que «[c]ertains ont exprimé leur mécontentement et des critiques à l'égard de cette attitude», et que cela réfère à des critiques très connus du contrôle judiciaire de constitutionnalité, soit Michael Mandel<sup>191</sup> et Allan C. Hutchison<sup>192</sup>. Il faut toutefois préciser que la retenue exprimée dans *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.* sert des intérêts contraires à ceux que la retenue avait favorisés dans le renvoi de 1987.

### ***La théorie de l'imprécision***

Paul Amselek a bien montré la non-objectivité et l'incomplétude des règles juridiques<sup>193</sup>. Cette nature non résolue des règles de droit s'explique en partie comme suit :

Les règles juridiques sont des outils mentaux [...] autoritairement mis en service, en vigueur, par la pouvoirs publics institués à la tête des populations humaines pour les gouverner : il s'agit de contenus de pensée finalisés, instrumentalisés, chargés de servir à diriger les conduites; ces contenus de pensée fixent des marges de possibilité d'action en fonction des circonstances – marges qu'évoquaient précisément chez les Romains la notion même de «jus» dans son sens le plus originaire, et que traduit aussi d'ailleurs notre notion de «droit» qui dénote l'idée même de possibilité, de latitude. Ces marges servent à encadrer la volonté de ceux auxquels elles sont adressées, à lui servir de support, d'étalon de mesure pour rester à l'intérieur de la droiture,

---

190. *Ibid.* au para. 162.

191. Michael Mandel, *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishing, 1994 à la p. 269 et s.

192. Allan C. Hutchison, *Waiting for Coraf: A Critique of Law and Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1995.

193. Paul Amselek, «La teneur indéçise du droit» (1992) 26 R.J.T. 1.



de la rectitude, dans le tracé des lignes de conduite qu'elle arrête et qu'elle fait ensuite exécuter, dont elle déclenche le passage à l'acte.<sup>194</sup>

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, c'est sur ce texte de Paul Amselek que le juge Gonthier, au nom de la Cour suprême, s'appuie pour déterminer le critère de précision requis afin qu'une norme ne soit pas déclarée inconstitutionnelle : «une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire»<sup>195</sup>. Il faut que «ces normes donnent lieu à un débat judiciaire», qu'elles «comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. [...] Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques»<sup>196</sup>. En l'espèce, le terme indûment dans l'alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*<sup>197</sup>, lequel interdit d'empêcher indûment la concurrence, a été jugé suffisamment précis pour préserver la constitutionnalité de la disposition législative.

Somme toute, cette norme de précision s'avère peu sévère pour le législateur<sup>198</sup>. Car, depuis toujours, les tribunaux ont réussi à interpréter et appliquer des normes juridiques caractérisées par leur texture ouverte<sup>199</sup>. Pourtant, l'un des fondements de la théorie de l'imprécision, relié au principe de la primauté du droit et au besoin de sécurité juridique, vise l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens<sup>200</sup>. L'expertise des tribunaux en matière d'interprétation peut difficilement servir de critère afin de déterminer si les citoyens peuvent raisonnablement prendre connaissance à l'avance du droit.

Par ailleurs, la Cour suprême a adopté une approche contextuelle de la nullité pour imprécision en précisant que la norme peut varier selon les

---

194. *Ibid.* à la p. 4.

195. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 au para. 71.

196. *Ibid.* Aux para. 61, 63.

197. S.R.C. 1970, c. C-23.

198. Pour un avis contraire, voir Anouk Violette, «Précisions sur la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle» (2003) 63 R. du B. 103.

199. Sur cette notion de texture ouverte : Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

200. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra* note 195 aux pp. 632-635.

circonstances. Dès l'arrêt de 1992, le juge Gonthier avait suggéré une certaine retenue dans la mise en œuvre de la théorie de l'imprécision : «Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet»<sup>201</sup>. Dans l'affaire *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, portant sur la constitutionnalité d'une disposition de la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario<sup>202</sup>, le juge Gonthier a rappelé qu'il «faudrait faire preuve de retenue»: «La théorie de l'imprécision au regard de l'art. 7 ne doit pas servir à imposer une camisole de force à l'État dans les domaines de la politique sociale»<sup>203</sup>. Il ajoute plus loin :

Dans le contexte environnemental, chacun d'entre nous est menacé par la dégradation de la santé et des biens que cause la pollution. Lorsque le législateur prévoit des mesures de protection au moyen de lois de nature réglementaire comme la LPE, il convient que les tribunaux fassent preuve d'une plus grande retenue quand ils examinent les infractions prévues dans ces lois au regard de la Charte.

Je conclus donc que l'objectif et le contenu de l'al. 13(1)a) LPE, les valeurs de la société qui le sous-tendent, de même que la nature réglementaire de l'infraction qu'il prévoit ont tous une incidence sur l'analyse de l'imprécision au regard de l'art. 7 alléguée par CP. Les législateurs doivent disposer d'une grande marge de manoeuvre en matière de réglementation environnementale, et l'art. 7 ne doit pas nuire aux démarches législatives souples et d'envergure en matière de protection de l'environnement.<sup>204</sup>

En se fondant sur ces considérations, le juge Gonthier en arrive à la conclusion que l'alinéa 13(1)a) de la *Loi sur la protection de l'environnement* fournit un guide suffisant pour permettre un débat judiciaire et qu'il satisfait, par conséquent, au critère énoncé dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Dans son étude de la théorie de l'imprécision, Marc Ribeiro fait remarquer que les facteurs contextuels ne servent qu'à justifier la déférence envers le législateur<sup>205</sup>. En fait, la Cour suprême ne semble pas exiger davantage de

---

201. *Ibid.* à la p. 642.

202. L.R.O. 1990, c. E-19 [LPE].

203. *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 au para. 49.

204. *Ibid.* aux para. 58, 59.

205. Marc Ribeiro, *Limiting Arbitrary Power. The Vagueness Doctrine in Canadian Constitutional Law*, Vancouver, UBC Press, 2004 à la p. 106.

précision en présence d'une loi pénale. Ni dans *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, ni dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, les juges n'ont reconnu que la nature de la loi pouvait avoir un impact sur l'exigence constitutionnelle de précision. Au surplus, le juge Gonthier a même rejeté la pertinence de la nature de la loi pour les fins de l'analyse relative à l'imprécision :

Pour terminer, je tiens à souligner en outre que la norme que j'ai exposée s'applique à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre. Les citoyens ont droit à ce que l'État se conforme aux normes constitutionnelles régissant la précision chaque fois qu'il établit des textes de loi. En droit pénal, on peut penser que l'État doit énoncer avec un soin particulier les termes du débat judiciaire. À mon avis, cependant, si on a respecté la norme générale minimale, on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'«atteinte minimale» de l'analyse fondée sur l'article premier.<sup>206</sup>

Dans la jurisprudence de la Cour suprême relative à la théorie de l'imprécision, les juges accordent de l'importance aux rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Parmi tous les arrêts pertinents, c'est sans doute l'affaire *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*<sup>207</sup> qui l'illustre le mieux. Les juges de la Cour suprême devaient se prononcer sur l'imprécision de l'article 43 du *Code criminel* :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

La juge McLachlin, au nom de la majorité, maintient la constitutionnalité de l'article 43 en le jugeant suffisamment précis, mais en y excluant les cas d'application suivants :

Le châtimement corporel infligé à un enfant de moins de deux ans lui est préjudiciable et n'est d'aucune utilité pour corriger vu les limites

206. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra* note 195 au para. 70.

207. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

cognitives d'un enfant de cet âge. Le châtiment corporel infligé à un adolescent est préjudiciable en ce sens qu'il risque de déclencher un comportement agressif ou antisocial. Le châtiment corporel infligé à l'aide d'un objet, comme une règle ou une ceinture, est préjudiciable physiquement et émotivement. Le châtiment corporel consistant en des gifles ou des coups portés à la tête est préjudiciable. Ces formes de châtiment, pouvons-nous conclure, ne sont pas raisonnables.<sup>208</sup>

Les juges Deschamps et Arbour, qui écrivent chacune des motifs dissidents, s'opposent à une telle reconstruction judiciaire de l'article 43, laquelle aurait pour effet d'éviter toute conclusion d'imprécision. Pour sa part, la juge Arbour écrit notamment ceci :

En toute déférence, j'estime qu'une telle interprétation restrictive d'un moyen de défense prévu par la loi est incompatible avec le rôle que les tribunaux jouent à l'égard des moyens de défense que la loi ou la common law reconnaît en matière criminelle. [...] En l'absence d'une conclusion à l'existence d'une violation de la Constitution par le législateur, j'estime que l'interprétation atténuée que la Juge en chef donne au moyen de défense prévu par la loi constitue une renonciation par les tribunaux au rôle qu'ils doivent jouer en matière criminelle.<sup>209</sup>

Quant à la juge Deschamps, elle s'en remet également à une conception du pouvoir judiciaire pour refuser de «créer une disposition valide sur le plan constitutionnel»<sup>210</sup> :

En limitant radicalement une disposition législative et en en restreignant de façon importante l'application envisagée, la Cour n'interpréterait pas les vues du législateur, mais leur substituerait ses propres vues. Ce n'est pas le rôle qui lui appartient.<sup>211</sup>

En conclusion, la position majoritaire, qui manifeste une retenue dans la solution et un interventionnisme dans la méthode, heurte la conception du rôle des tribunaux qu'exprimait le juge Dickson dans *Hunther c. Southam Inc.* : «Il

---

208. *Ibid.* au para. 37.

209. *Ibid.* aux para. 132, 138.

210. *Ibid.* au para. 215.

211. *Ibid.* au para. 216.

n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives»<sup>212</sup>.

#### **4. La limitation des droits et libertés**

Pour démontrer l'hypothèse à la base du présent texte, selon laquelle le sort du contrôle de constitutionnalité demeure largement tributaire des représentations qu'entretiennent les juges quant à leur légitimité, le domaine privilégié s'avère certes la jurisprudence élaborée par la Cour suprême sous l'article premier de la *Charte*. Il est intéressant de noter que, selon les critiques maintes fois entendues, l'article premier, que l'on a d'abord vu comme une garantie contre le gouvernement des juges<sup>213</sup>, est devenu la disposition de la *Charte* qui permet le plus aux juges de s'immiscer dans le travail du législateur. En effet, c'est surtout dans la détermination du caractère raisonnable et justifiable des limitations aux droits et libertés que les juges de la Cour suprême se sont divisés entre des attitudes de retenue et d'activisme judiciaires, attitudes dictées par des conceptions de la légitimité démocratique de l'action constitutionnelle du pouvoir judiciaire.

#### ***La construction du test de l'article premier et son évolution***

Il est bien connu que le test de l'article premier, que doit satisfaire toute règle de droit qui restreint un droit ou une liberté, a d'abord été élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes* [Oakes], par le juge en chef Dickson :

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la Charte, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la

212. *Hunther c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. au para. 44.

213. Voir notamment André Morel, «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges» (1983) 61 R. du Bar. Can. 81 [A. Morel]; Alain Baccigalupo, «Le système politique canadien depuis l'avènement de la charte: démocratie ou juriscratie?» dans Louis Balthazar, Guy Laforest et Vincent Lemieux, dir., *Le Québec et la restructuration du Canada 1980-1992. Enjeux et perspectives*, Sillery, Septentrion, 1991, 119 à la p. 132 et s.; voir, plus récemment, K. Roach, *supra* note 56.

Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la Charte et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».<sup>214</sup>

Ce test de l'arrêt *Oakes*, trop souvent compris de manière rigide et formelle alors qu'en l'espèce son application à l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* suggérait le contraire<sup>215</sup>, a connu une évolution au fil des décisions. Le juge en chef Dickson, qui avait dès le départ laissé entendre que «la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances»<sup>216</sup>, a lui-même assoupli ce test peu de temps après l'avoir énoncé. Dans l'affaire *Edwards Books*, il écrit :

---

214. *R. c. Oakes*, *supra* note 44 aux para. 69, 70.

215. Effectivement, l'article 8 a échoué le test de l'article premier puisqu'il n'était pas lui-même rationnel, c'est-à-dire qu'il établissait une présomption de trafic de drogue à partir de la seule possession d'un stupéfiant, ce qui n'était pas un critère expressément mentionné dans le passage reproduit ci-haut.

216. *R. c. Oakes*, *supra* note 44 au para. 70.

Les choix du législateur concernant d'autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la Charte, et la loi qui en résulte n'a pas à être parfaitement ajustée de manière à résister à un examen judiciaire. La simplicité et la commodité administrative sont des préoccupations légitimes des rédacteurs de ce genre de lois.<sup>217</sup>

Je tiens à souligner qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables.<sup>218</sup>

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.<sup>219</sup>

Dans cet arrêt *Edwards Books*, le juge La Forest, qui deviendra par la suite le principal tenant d'un assouplissement du test de l'arrêt *Oakes*, abonde dans le même sens :

Permettez-moi tout d'abord de souligner, comme le mentionne l'avis du Juge en chef, qu'en décrivant les critères circonscrivant l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Cela me paraît essentiel, étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite. En interprétant la Constitution, les tribunaux doivent être conscients de ce que le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McGowan*, précité, à la p. 524, appelle [TRADUCTION] «la réalité pratique de la vie», à laquelle le législateur doit répondre. C'est particulièrement le cas dans un domaine comme celui présentement en cause, où se font sentir autant de pressions opposées. [...]

---

217. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra* note 114 au para. 125.

218. *Ibid.* au para. 145.

219. *Ibid.* au para. 142.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manoeuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter. Dans un cas comme la présente affaire, il me semble que le législateur fait face à un dilemme: ou bien il laisse la Loi imposer un fardeau à ceux qui observent un jour de culte autre que le dimanche, ou bien il prévoit des exemptions qui auront pour effet pratique de contrecarrer sensiblement l'objectif qu'il cherche à promouvoir et qui elles-mêmes auront pour résultat d'imposer un fardeau à ceux qui observent le dimanche et peut-être même à d'autres personnes aussi. Cela étant, il me semble que le choix de prévoir ou non une exemption pour ceux qui observent un jour autre que le dimanche doit demeurer essentiellement le choix du législateur. Toute considération d'égalité mise à part, cela est vrai autant des compromis qui doivent être faits lorsque des exemptions religieuses sont créées. Ces choix exigent une connaissance approfondie de toutes les circonstances. Il y a des choix qu'un tribunal n'est pas en mesure de faire.<sup>220</sup>

Cette souplesse dans l'application du test de l'article premier semble conforme à ce que voulait le juge en chef Dickson, comme il l'écrivait finalement dans l'affaire *R. c. Keegstra* :

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence, et le juge La Forest décrit admirablement cette méthode souple dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490: «Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la Charte, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.»<sup>221</sup>

---

220. *Ibid.* aux para. 176, 178 aux pp. 794-796.

221. *R. c. Keegstra*, *supra* note 45 au para. 47.



La Cour suprême justifie sa déférence envers le pouvoir législatif en référant au caractère représentatif des législateurs élus. Une telle justification ne peut que contribuer à la prégnance du doute antidémocratique dans l'esprit des juges. Par exemple, dans l'affaire *Irwin Toy*, on peut lire :

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.<sup>222</sup>

Dans sa jurisprudence postérieure à *Oakes*, la Cour suprême a élaboré diverses variables contextuelles afin de moduler l'intensité avec laquelle les critères de l'article premier doivent être appliqués et plus particulièrement les sous-critères du lien rationnel et de l'atteinte minimale<sup>223</sup>. C'est ainsi par exemple que la nature du droit invoqué, la nature de la loi en cause, la capacité institutionnelle respective du législateur et du tribunal, les intérêts en présence, notamment lorsque la loi protège un groupe vulnérable ou selon que l'État agit comme arbitre entre des intérêts opposés ou comme adversaire d'un individu, sont susceptibles d'influer sur la sévérité du contrôle judiciaire<sup>224</sup>. Dans l'affaire *Adler c. Ontario*, la juge L'Heureux-Dubé résume certaines de ces variables contextuelles :

notre Cour a imposé un fardeau moins lourd à l'État dans un cas où la législature cherchait à établir un équilibre entre les droits et valeurs de la Charte (*Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825), à protéger par ailleurs un groupe vulnérable sur le plan social (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur*

222. *Irwin Toy Ltd c. Québec (P. G.)*, *supra* note 115 au para. 79 (le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson).

223. José Woehrling, «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés: l'état de la jurisprudence de la Cour suprême» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1993 [J. Woehrling].

224. Voir notamment les arrêts : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra* note 114; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, *supra* note 115; *Mckinney c. University de Guelph*, *supra* note 116.

général), [1989] 1 R.C.S. 927), à pondérer les droits opposés de divers groupes sociaux (McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229), ou à tenir compte d'éléments de preuve contradictoires en matière de sciences humaines quant à la cause d'un problème social (RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1995] 3 R.C.S. 199)<sup>225</sup>.

Ces critères de modulation permettent une certaine contextualisation du test de proportionnalité, conformément à la «méthode contextuelle» développée par la Cour suprême<sup>226</sup>. Les juges ont ainsi eu recours à ces variables afin d'assouplir le test de l'arrêt *Oakes*. Comme l'a écrit Jacques Frémont, «[o]n trouve au cœur de cette jurisprudence un respect manifeste pour la fonction législative qui n'est pas sans rappeler la traditionnelle retenue judiciaire dans le contentieux relatif au partage des compétences législatives»<sup>227</sup>.

C'est donc l'appréciation de ces variables qui dicte le choix entre l'activisme judiciaire et la retenue judiciaire. En fait, l'application de l'article premier démontre que la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité n'est pas entièrement réglée, et ce, même chez les juges. Ce que l'ex-juge Wilson a ainsi exprimé :

I think if you study the decisions of the Court on this subject in the order in which they were handed down you will see the ambivalence on the part of the Court. The Court seems to have concluded that the strict application of *Oakes* may be appropriate in some cases and the more flexible approach of reasonableness in others. What has happened, in effect, is that the members of the Court have come to some kind of compromise on the application of the *Oakes* test. In *Irwin Toy v. Quebec (A.G.)*, it drew a distinction between cases in which the government was attempting to mediate the conflicting interests of competing groups, where a less demanding justification standard was appropriate, and cases in which the government was best described as the «singular antagonist» of the individual whose right had been infringed, where a more demanding justification standard was appropriate. However, the Court

---

225. *Adler c. Ontario*, *supra* note 120 au para. 91.

226. Pour une analyse de la jurisprudence pertinente, voir D. Pinard, *supra* note 153 aux pp. 346-349.

227. Jacques Frémont, «La sanction des lois inconstitutionnelles et la fonction législative des tribunaux à la lumière de l'arrêt *Schachter*» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, *supra* note 77, p. 545, à la page 547.

has obviously not stuck to its compromise solution as is clear from *R. v. Chaulk*, and the most that can be said at present is that the state of the law is quite uncertain. If I may be permitted a quick look into the future it would be my guess that the flexible approach will win out. The doubt about the legitimacy of judicial review persists and finds expression by different members of the Court in different ways -- in terms of a distinction made between law and policy, law being for the courts and policy for governments, or in terms of courts not getting into the wisdom as opposed to the *vires* of the legislation (the pre-*Charter* Laskin concern), or perhaps the most straightforward rationale, namely the concept of the courts owing deference to the legislature as the elected representatives of the people. I must confess that to me judicial review and deference to the legislature are an incompatible pair and I fear that our attempt to combine them has simply resulted in a muddying of the jurisprudential waters.<sup>228</sup>

Malgré tous les efforts de la Cour suprême pour préciser le test de l'article premier, la difficulté d'application est demeurée, comme en témoignent les jugements partagés dans les affaires *RJR MacDonald Inc. c. Canada (P. G.)* [*RJR MacDonald*]<sup>229</sup>, *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P. G.)* [*Thomson Newspapers*]<sup>230</sup> et *Sauvé c. Canada (Direction générale des élections)* [*Sauvé*]<sup>231</sup>. Ce sont les opinions des juges de la Cour suprême, bien davantage que la doctrine<sup>232</sup> ou le jugement récent de la Cour d'appel de Terre-Neuve (dans lequel le juge Marshall, au nom de deux de ses collègues, invitait la Cour suprême à revoir son interprétation de l'article premier<sup>233</sup>), qui militent le plus fortement en faveur d'une révision de l'application de l'article premier. Il convient, par conséquent, d'examiner brièvement ces affaires de la Cour suprême, dans la mesure où elles constituent des traces du débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de

228. B. Wilson, *supra* note 4 aux pp. 269-270.

229. *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (P. G.)*, *supra* note 36 (5 juges contre 4).

230. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P. G.)*, [1998] 1 R.C.S. 877 (5 juges contre 3).

231. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 (5 juges contre 4).

232. Voir notamment Leon E. Trakman, Willam Cole-Hamilton et Sean Gatien, «R. v. Oakes 1986-1997. Back to the Drawing Board» (1998) 36 Osgoode Hall L. J. 83; J. Leclair, *supra* note 61, 414; Timothy Macklem et John Terry, «Making the Justification fit the Breach» (2000) 11 S.C.L.R. 575.

233. *Newfoundland (Treasury Board) c. Newfoundland Assn. of Public Employees*, 2002 NLCA 72 (juges Marshall, Steele, Roberts), 6 décembre 2002, rapporté à (2002), 221 D.L.R. (4th) 513. La Cour suprême a finalement décliné l'invitation : *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

constitutionnalité. Plus précisément, ce sont ces hésitations entre des attitudes d'interventionnisme ou de déférence qui témoignent de la prégnance de cette question dans l'esprit des juges.

Dans *RJR MacDonald*, la position majoritaire de la juge McLachlin tranche avec la retenue exprimée par le juge La Forest. Ce dernier, fidèle à la position qu'il avait exprimée dès l'affaire *Edwards Books*, est moins sévère à l'égard du législateur qui a choisi d'interdire la publicité relative aux produits du tabac :

Notre Cour a confirmé à maintes reprises que les exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* doivent être appliquées avec souplesse en tenant compte du contexte factuel et social particulier de chaque cas. Le terme «raisonnables» employé à l'article premier est nécessairement une indication qu'il y a lieu de faire preuve de souplesse.<sup>234</sup>

Selon le juge La Forest, la loi en cause est «précisément le type de loi envers laquelle notre Cour a généralement fait preuve d'une grande retenue»<sup>235</sup> et la liberté invoquée en l'espèce, la liberté d'expression des compagnies de tabac, suggère d'appliquer une norme de justification moins sévère :

le préjudice engendré par le tabac, et la volonté de faire des profits qui en sous-tend la promotion, placent cette forme d'expression aussi loin du «cœur» des valeurs de la liberté d'expression que la prostitution, la fomentation de la haine ou la pornographie, ce qui fait qu'elle n'a droit qu'à une faible protection en vertu de l'article premier<sup>236</sup>.

Dans son application du sous-critère de l'atteinte minimale, examinant une option moins attentatoire, il écrit :

Il semble donc que le Parlement avait des motifs impératifs de rejeter une interdiction partielle de la publicité et d'imposer plutôt une interdiction totale. C'est pourquoi notre Cour ferait un geste tout à fait artificiel si elle décidait, purement dans l'abstrait, qu'une interdiction partielle de la publicité serait aussi efficace qu'une interdiction totale. À mon avis, c'est précisément le type de «ligne de démarcation» que notre Cour a déclaré

---

234. *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, *supra* note 36 au para. 63.

235. *Ibid.* au para. 70.

236. *Ibid.* au para. 75.

être du ressort des législatures et non des tribunaux. Notre Cour a été claire sur ce point dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, où elle a déclaré, à la p. 990, que le gouvernement devait disposer «d'une certaine latitude pour formuler des objectifs légitimes fondés sur des preuves en matière de sciences humaines qui n'étaient pas totalement concluantes».<sup>237</sup>

Écrivant au nom de la majorité, la juge McLachlin, quant à elle, estime que l'analyse contextuelle ne diminue pas l'obligation qu'a l'État de justifier les restrictions au droit. On doit éviter de «remplacer la démonstration raisonnée envisagée par la Charte par l'exercice du pouvoir discrétionnaire ad hoc d'un tribunal»<sup>238</sup>. Elle ajoute :

Cependant, comme pour le contexte, il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect. Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la Charte lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. Le Parlement a son rôle: choisir la réponse qui convient aux problèmes sociaux dans les limites prévues par la Constitution. Cependant, les tribunaux ont aussi un rôle: déterminer de façon objective et impartiale si le choix du Parlement s'inscrit dans les limites prévues par la Constitution. Les tribunaux n'ont pas plus le droit que le Parlement d'abdiquer leur responsabilité. Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.<sup>239</sup>

Étant d'avis que la loi en cause est de nature pénale (contrairement au juge La Forest), que la liberté d'expression n'est pas nécessairement moins importante du fait qu'elle sert à réaliser des profits (elle mentionne notamment l'exemple des propriétaires de journaux) et que la preuve présentée est insuffisante, la juge McLachlin conclut que les dispositions législatives contestées sont inconstitutionnelles.

---

237. *Ibid.* au para. 104.

238. *Ibid.* au para. 134.

239. *Ibid.* au para. 136.

Lorsque l'on compare les opinions des juges La Forest et McLachlin, il est évident que la distinction entre leurs conclusions dépend largement de la norme de contrôle judiciaire que chacun d'eux considère appropriée en l'espèce. Celle-ci est déterminée en fonction de leur conception respective des rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. Cela vaut également dans l'affaire *Thomson Newspapers*, où était en cause la constitutionnalité de la disposition de la loi électorale fédérale interdisant la publication de sondages dans les derniers jours d'une campagne électorale.

D'un côté, le juge Gonthier, dissident, qui débute son jugement en mentionnant que les sondages sont considérés comme une réduction du discours politique «au plus petit dénominateur commun»<sup>240</sup>, est d'avis que :

notre Cour ne devrait pas mettre en doute la sagesse du Parlement dans ses efforts pour faire la part des choses à même les éléments de preuve contradictoires mais par ailleurs crédibles, une fois qu'il a été établi, suivant la norme de preuve applicable en matière civile, que l'objectif du législateur est urgent et réel<sup>241</sup>.

De l'autre côté, le juge Bastarache, au nom de la majorité, est plutôt d'avis que «la nature de la forme d'expression en litige dans le présent cas ne tend pas à indiquer, à première vue, qu'une approche empreinte de retenue est appropriée en l'espèce»<sup>242</sup> et que «la preuve fondée sur les sciences sociales n'a pas établi que les électeurs canadiens forment un groupe vulnérable par rapport aux sondeurs et aux médias qui publient les sondages»<sup>243</sup>. En conséquence, le juge Bastarache est d'avis «qu'il convient de faire montre de peu de retenue dans la présente affaire, car les facteurs contextuels précités indiquent que le gouvernement n'a pas établi que le préjudice qu'il cherche à prévenir est répandu ou important»<sup>244</sup>.

Encore une fois, le résultat du contrôle judiciaire de constitutionnalité dépend de l'application de ces variables contextuelles. Si le juge estime devoir faire

---

240. *Thomson Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, *supra* note 230 au para. 2. Il écrit : «Les sondages tendent à remplacer le débat des enjeux et à court-circuiter le processus démocratique».

241. *Ibid.* au para. 42.

242. *Ibid.* au para. 95.

243. *Ibid.* au para. 112.

244. *Ibid.* au para. 118.

preuve de retenue, la norme est jugée constitutionnelle. Et l'appréciation de ces variables ou facteurs contextuels relève de considérations soupesées différemment d'un juge à l'autre. Cela est apparu très clairement, encore une fois, dans la récente affaire *Sauvé*. De la manière dont la juge en chef McLachlin entame ses motifs, l'on sait déjà qu'il sera difficile pour le procureur général de justifier pourquoi les détenus ayant commis des crimes graves n'ont pas le droit de voter : «[i]l faut une bonne raison pour entraver le droit de vote, qui se trouve au cœur de la démocratie canadienne»<sup>245</sup>. Après avoir réaffirmé l'application du test formulé dans l'arrêt *Oakes*, qui permet au tribunal d'analyser rigoureusement tous les aspects du processus de justification, la juge en chef exprime son désaccord par rapport à son collègue Gonthier qui proposait une approche de retenue judiciaire :

Le droit de vote est un droit fondamental pour notre démocratie et la primauté du droit, et il ne peut être écarté à la légère. Les restrictions au droit de vote exigent non pas une retenue judiciaire, mais un examen approfondi. Il s'agit ici non pas de substituer la préférence philosophique de la Cour à celle du législateur, mais de s'assurer que la justification de ce dernier est fondée sur la logique et le bon sens<sup>246</sup>.

Le juge Gonthier estimait en effet que le fait de priver certains détenus du droit de vote lors d'élections fédérales était une question de philosophie sociale et politique, appelant une retenue judiciaire :

Mon désaccord avec le Juge en chef revêt par ailleurs un caractère plus fondamental. La présente affaire repose sur des considérations philosophiques, politiques et sociales dont la «preuve scientifique» ne peut être faite. Elle comporte des justifications soit favorables soit défavorables à la restriction du droit de vote fondées sur des arguments de principe ou énoncés de valeurs de nature axiomatique. Devant de telles justifications, la Cour doit, selon moi, s'en remettre au libellé de l'article premier de la *Charte*, ainsi qu'aux principes fondamentaux qui sous-tendent tant l'article premier que le lien entre cette disposition et les droits et libertés garantis par la *Charte*. En particulier, l'article premier exige de la Cour qu'elle tienne compte du fait que différentes philosophies sociales ou politiques peuvent étayer les justifications

---

245. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 1.

246. *Ibid.* au para. 9.

favorables ou défavorables à la restriction d'un droit. Dans un tel contexte, lorsque la Cour est appelée à arbitrer des philosophies sociales ou politiques opposées touchant à la question du droit de vote, ce n'est pas simplement parce qu'elle approuve ou préfère l'une d'elles que nécessairement elle désapprouve l'autre ou montre que celle-ci ne résistera pas à un examen fondé sur la *Charte*. Si celle avancée par le législateur justifie raisonnablement la restriction du droit dans le cadre d'une société libre et démocratique, elle doit être tenue pour constitutionnelle. Je conclus que c'est le cas en l'espèce.<sup>247</sup>

Plus loin, il discute de la norme de sévérité avec laquelle il convient d'appliquer l'article premier, en se situant par rapport à la norme de justification exigeante posée par la juge en chef McLachlin :

Dans ses motifs, le Juge en chef applique une norme qui semble plus exigeante que celle de la «justification» mentionnée précédemment. Elle décrit le droit de vote comme étant un «droit démocratique fondamental» et laisse entendre que le fait qu'il ne puisse faire l'objet d'une dérogation fondée sur l'art. 33 place en quelque sorte la barre haute pour le gouvernement lorsque vient le temps d'en justifier la restriction (par. 13 et 14). L'adoption de cette nouvelle norme de justification est problématique en ce sens qu'elle paraît fondée sur l'avis qu'une seule philosophie sociale ou politique plausible est susceptible de justifier la restriction ou la non-restriction du droit. Elle est erronée au vu du libellé de l'article premier de la *Charte*. Il est clair que cette disposition n'oblige pas le législateur ni n'autorise la Cour à établir un ordre de priorité parmi différentes philosophies sociales ou politiques raisonnables, mais permet seulement à la Cour d'annuler une restriction qui n'est pas raisonnable et qui ne peut être justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.<sup>248</sup>

Vingt ans après l'entrée en vigueur de la *Charte*, l'application de l'article premier, qui intervient dans presque tous les contrôles de constitutionnalité, cause toujours problème. Cela tient au fait que les juges semblent éprouver encore un certain malaise antidémocratique dans leur rapport au législateur. À cet égard, l'article premier, lieu par excellence de l'expression de ce doute, est certes marqué par le débat relatif à la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

---

247. *Ibid.* au para. 67.

248. *Ibid.* au para. 95.



Dans ce qui suit, je ferai d'abord une critique interne du test de proportionnalité formulé dans l'arrêt *Oakes*, avant de suggérer des pistes pour son éventuel remplacement.

### ***Les difficultés internes du test de l'arrêt Oakes***

Si, d'un côté, le test élaboré dans l'arrêt *Oakes* semble entraîner les juges sur le terrain législatif, de l'autre, l'assouplissement de ce test manifeste une trop grande déférence envers le législateur. Les attitudes d'activisme et de retenue judiciaires paraissent, en conséquence, insatisfaisantes<sup>249</sup>. Plus important encore, c'est le choix entre l'une ou l'autre de ces attitudes qui s'avère le principal problème; en réalité, ce choix semble d'abord et avant tout dicté par les conceptions de la séparation des pouvoirs et, en conséquence, de la limite légitime du contrôle constitutionnel. Et si cela militait en faveur d'une remise en question du test de l'arrêt *Oakes* et de ses suites, qu'en serait-il?

Il ne faut pas s'y tromper, le test de l'arrêt *Oakes* ne vise qu'à objectiver les standards indéterminés («limites raisonnables», «société libre et démocratique») que l'on retrouve dans le texte de l'article premier. Imaginer un tel cadre analytique sous forme de test ne servirait qu'à camoufler le caractère discrétionnaire du pouvoir dont jouissent les juges lors de l'examen du bien-fondé de la limitation. Selon le constitutionnaliste José Woehrling :

[L]e «test» formel de la raisonnablement sert à expliquer, à justifier et à rationaliser cette décision, mais ne permet pas d'en démontrer les ressorts, ni a fortiori de la prédire. Autrement dit, le rôle que joue le «test» de raisonnablement est principalement «rhétorique». Il permet au juge de convaincre son auditoire (et de se convaincre lui-même...) que la décision qu'il a adoptée constitue le fruit d'une démarche rationnelle plutôt que d'une préférence subjective<sup>250</sup>.

---

249. Pour une évaluation de celles-ci, voir notamment : Stéphane Bernatchez, «Critique de la retenue et de l'activisme judiciaires en vertu de la théorie procédurale de la démocratie et du droit de Jürgen Habermas» dans André Duhamel, Daniel Weinstock et Luc B. Tremblay, *La démocratie délibérative en philosophie et en droit : enjeux et perspectives*, Montréal, Thémis, 2001, 207.

250. J. Woehrling, *supra* note 223 à la p. 34.

Dans son ouvrage sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, Jacques Gosselin écrit :

[...] l'utilisation de formules et de tests ajoute une dimension qui tend à occulter le rôle créateur du juge dans sa décision en présentant celle-ci comme le résultat d'un test mécanique d'une norme qui demeure extérieure à la volonté de son interprète et lui permet ainsi d'exercer un pouvoir sans en assumer véritablement la responsabilité [...]  
[...] il est un peu illusoire de croire qu'en appliquant les quatre critères posés par les deux volets de l'analyse qu'ils font en vertu de l'article 1 de la Charte, les tribunaux utilisent une norme objective et impersonnelle qui est toujours indépendante de leur propre volonté et qui les contraint fortement.<sup>251</sup>

De l'avis de plusieurs, le test imaginé par le juge Dickson, dans son interprétation de la clause limitative, ne respecterait pas le texte de l'article premier. Évidemment, les développements en théorie de l'interprétation juridique ne permettent certainement pas d'affirmer que le texte constitue en l'espèce une contrainte forte sur l'interprète, mais néanmoins cela montre que la limitation des droits pourrait être envisagée autrement.

Ainsi, dès le départ, le professeur Morel, qui voyait dans la clause limitative une garantie contre le gouvernement des juges, affirmait que «l'article 1 de la Charte canadienne a opté clairement pour un régime qui, plus que d'autres, privilégie la souveraineté parlementaire. Si on l'avait voulu autrement, il aurait fallu caractériser les limites permises par un mot plus exigeant que le mot «raisonnable»»<sup>252</sup>. C'est également l'avis de Jacques Gosselin, qui écrit :

Ainsi, le critère de l'importance et de l'urgence de l'objectif législatif, de même que celui de l'atteinte minimale au droit, ajoutent, d'après nous, au texte de l'article 1 tout en permettant aux tribunaux de s'immiscer dans les choix législatifs des parlements, davantage que ce qui est nécessaire à la réalisation de la finalité de la Charte. [...] En insistant sur la nécessité de respecter les composantes de ce test et en le présentant comme un impératif découlant de la Constitution elle-même, la Cour

---

251. Jacques Gosselin, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1991 à la p. 120 [J. Gosselin].

252. A. Morel, *supra* note 213 à la p. 93.

suprême cherche à retenir l'autorité et la légitimité du texte constitutionnel tout en le reformulant<sup>253</sup>.

Hugo Cyr est également d'avis que «ce test à quatre volets que la Cour suprême a élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [...] elle ne l'a pas lu dans l'article premier mais l'a plutôt projeté dans cet article et en a fait l'*alter ego* de celui-ci par construction jurisprudentielle»<sup>254</sup>.

De même, selon le juge LaForest, le test de l'arrêt *Oakes* se serait inadéquatement substitué à l'article premier. Commentant la décision du juge de première instance dans l'affaire de la publicité du tabac, il écrit :

Tout au long de sa décision, il parle des exigences formulées dans l'arrêt *Oakes* comme d'un «critère». Ce faisant, il a adopté le point de vue, que partagent malheureusement certains auteurs, que les exigences en matière de proportionnalité formulées dans l'arrêt *Oakes* sont comparables à celles applicables à l'article premier ou les ont même remplacées. Ce point de vue se fonde sur une interprétation erronée de la jurisprudence de notre Cour. Le «critère» approprié applicable à une analyse fondée sur l'article premier se trouve dans la disposition même, laquelle établit clairement que le rôle du tribunal lorsqu'il l'applique est de déterminer si la limite est raisonnable et peut se démontrer dans le cadre d'une «société libre et démocratique». Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un «critère» formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation.<sup>255</sup>

---

253. J. Gosselin, *supra* note 251 aux pp. 120-121.

254. H. Cyr, *supra* note 148 aux pp. 578-579.

255. *RJR-MacDonald c. Canada (P. G.)*, *supra* note 36 au para. 62 (j. La Forest).

S'agissant de cette question de l'incompatibilité entre le test de l'arrêt *Oakes* et les exigences de l'article premier, le critère de proportionnalité pose un problème de logique interne<sup>256</sup>. Inspirés des trois niveaux de contrôle développés par la Cour suprême des États-Unis dans son application de l'égalité de protection des lois du XIV<sup>e</sup> amendement<sup>257</sup>, la Cour suprême du Canada a élaboré ces sous-critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité. Toutefois, contrairement à ce qui est le cas aux États-Unis, les trois niveaux de contrôle s'appliquent ici cumulativement, plutôt qu'alternativement. Ce cumul des trois étapes pose un problème logique, puisque l'on rencontre d'abord le critère le moins sévère (le lien rationnel), puis le plus exigeant (l'atteinte minimale) et, enfin, le critère intermédiaire (la proportionnalité) qui devient inutile lorsqu'on atteint ce dernier stade. Puisqu'il faut passer au travers des trois critères, le critère le plus sévère devient évidemment l'étape ultime. «Par conséquent, il n'y a aucune modulation possible de la sévérité du contrôle judiciaire; celui-ci devra être le plus rigoureux possible dans tous les cas»<sup>258</sup>. Ainsi, alors que les trois sous-critères du critère de proportionnalité auraient dû suggérer la création de trois normes de contrôle, le test de l'article premier donne plutôt lieu à deux normes de contrôle. L'une sévère, propre à l'activisme judiciaire, et l'autre faisant appel à la retenue ou la déférence à l'égard du législateur.

Le professeur Woehrling adresse quatre critiques à la démarche analytique proposée par la Cour suprême<sup>259</sup>, que je résume comme suit :

- 
256. Sans établir ici de lien de causalité, ce test aurait été l'œuvre, selon Morton et Knopff, *The Charter*, *supra* note 80 à la p. 111, d'un clerc (alors âgé de 23 ans) du juge Dickson, Joel Bakan, aujourd'hui professeur de droit.
257. Le contrôle rigoureux (*strict scrutiny*), qui s'applique, par exemple, aux distinctions fondées sur la race, la religion ou l'origine ethnique ainsi que pour les droits jugés fondamentaux (droit de vote, notamment), exige que la loi soit justifiée par un intérêt primordial (*overriding state interest*); le contrôle minimal (*minimal scrutiny*) ne demande qu'un objectif légitime (*legitimate state interest*) et, enfin, dans le contrôle intermédiaire (*intermediate scrutiny*), la loi doit viser à atteindre un objectif important (*important governmental objective*) et la distinction doit avoir un lien substantiel avec le but poursuivi.
258. J. Woehrling, *supra* note 223 à la p. 17. Si la Cour suprême choisit la méthode alternative plutôt que cumulative, cela équivaldrait à établir des catégories d'examen judiciaire en fonction du droit ou de la liberté en cause. Une telle approche peut conduire à fonder le contrôle de constitutionnalité sur une théorie générale des droits.
259. *Ibid.* aux pp. 18-22.

- 1) D'abord, elle ne respecte pas le texte de l'article premier, puisque seules les restrictions jugées nécessaires seront considérées satisfaisantes, alors que le texte de l'article premier parle de limites raisonnables. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il fait remarquer que «ce qui "raisonnable" n'est pas forcément "nécessaire"».
- 2) Appliqué au pied de la lettre, le test de l'arrêt *Oakes* ne semble permettre aucune marge d'appréciation, particulièrement en ce qui concerne le sous-critère de l'atteinte minimale. Logiquement, une seule mesure législative est susceptible de porter le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté. Évidemment, dans un régime fédéral, cette exigence risque de devenir un mécanisme d'uniformisation entre les différentes législations provinciales. D'ailleurs, lorsque la Cour suprême a tôt fait d'assouplir son test dans l'affaire *Edwards Books*, cette difficulté se posait puisque le Nouveau-Brunswick offrait un régime législatif moins attentatoire à l'égard de la liberté de religion que celui de l'Ontario, ce qui n'a pas empêché la Cour suprême de considérer que la loi ontarienne satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.
- 3) Le test de l'arrêt *Oakes* pourrait modifier les rapports institutionnels entre les législateurs et les tribunaux, dans la mesure où ces derniers dicteraient les choix législatifs. Alors que les juges doivent imaginer des solutions de rechange ou, encore, formuler des suggestions (comme dans l'affaire *Ford* où la Cour suprême avait déjà en 1988 suggéré la prédominance du français dans l'affichage commercial, solution retenue par le législateur québécois en 1993), le critère de l'atteinte minimale est si exigeant qu'il a fallu l'appliquer modérément.
- 4) Les sous-critères de proportionnalité se réduisent souvent à un seul. Le critère du lien rationnel, qui est peu exigeant, étant habituellement satisfait, l'on en arrive par la suite à examiner le critère le plus rigoureux, qui devient l'ultime test pour la norme contestée. Une fois celle-ci analysée, soit la norme est déjà déclarée inconstitutionnelle, auquel cas il est inutile d'aller plus loin, soit il faut examiner la norme de contrôle intermédiaire, ce qui devient redondant. En effet, logiquement, si la norme contestée a réussi l'épreuve la plus difficile, l'on voit mal comment elle pourrait échouer le critère de proportionnalité, même dans sa version reformulée dans l'affaire *Dagenais*. (J'ajouterais : à moins, bien entendu, de s'abstenir

de conclure sur le précédent critère de l'atteinte minimale, comme l'a fait la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Sharpe*).<sup>260</sup>

Bref, cette construction du test de l'arrêt *Oakes* et son application ultérieure ont obligé la Cour à certaines contorsions par rapport au test tel qu'imaginé au départ. C'est ce qui explique l'addition de variables contextuelles. Sans parler des preuves à caractère social, économique, scientifique que les juges doivent soupeser, malgré les contradictions et leur manque d'expertise<sup>261</sup>. Devant toute cette complexité, les jugements sous l'article premier en arrivent parfois à n'être que des jugements de valeurs<sup>262</sup>.

### ***L'abandon du test instrumental de l'arrêt Oakes***

Mais, au surplus, il faut se demander si le test *Oakes* permet vraiment de vérifier si une norme est constitutionnelle. Une fois qu'il est déterminé qu'une mesure législative vise un objectif suffisamment important, ce qui est le cas pour la quasi-totalité des normes législatives, il s'agit d'examiner si les moyens utilisés sont proportionnels à cet objectif. Cependant, pour juger de la protection constitutionnelle d'un droit et de sa limitation, est-ce vraiment là la question pertinente, soit celle de savoir si les moyens législatifs sont bien conçus pour atteindre leur objectif? En d'autres termes, le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit-il principalement porter sur la question de savoir si une norme législative qui porte atteinte à un droit est intrinsèquement efficace? Au plan de la logique juridique, la limitation d'un droit est-elle justifiée à partir du moment où la mesure sous examen répond à cette évaluation fin-moyens? Certaines raisons peuvent ici justifier l'abandon du critère de proportionnalité tel que conçu depuis l'arrêt *Oakes*.

---

260. *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45. Au para. 101, au moment de conclure sur le critère de l'atteinte minimale, la juge en chef écrit : «En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition présente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.»

261. Sur cette question, voir notamment D. Pinard, *supra* note 109.

262. Danielle Pinard, «Activisme ou retenue dans la méthode : démarche en quête de points de repères» dans M.J. Mossman et G. Otis, dir., *supra* note 40, p. 213.

D'une part, avant même l'élaboration du test de *Oakes*, le professeur Morel faisait observer que «[c]ontrairement au concept de nécessité, celui de raisonabilité n'implique pas que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi»<sup>263</sup>. Il poursuivait :

[e]n qualifiant par l'adjectif «raisonnable» la nature des restrictions permises aux termes de l'article 1, non seulement le législateur constitutionnel recourait-il à un mot qui, dans la langue usuelle, connote une certaine liberté de choix et une discrétion, mais il devait savoir qu'il utilisait «a term of legal art» dont la signification, en droit public, est consacrée<sup>264</sup>.

Selon le professeur Morel, «l'article 1 de la Charte institue ce qu'on pourrait appeler un contrôle de compatibilité».

Contrôle de compatibilité, en effet, puisque par les mots «dans le cadre d'une société libre et démocratique», l'article énonce une norme avec laquelle doivent s'accorder les limitations légales auxquelles les droits et libertés sont assujettis. C'est la frontière au-delà de laquelle les restrictions ne sont plus tolérables, parce qu'elles remettraient en question cela même qui est le garant des droits et des libertés que la Charte énonce. Ce que l'article 1 exige, c'est que les mesures restrictives puissent être justifiées sans entrer en conflit avec les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Ces principes devraient fournir en quelque sorte un cadre de référence pour évaluer, non pas le caractère raisonnable des limitations, mais leur légitimité. Car cette légitimité cesse, à partir du moment où il appert que les mesures restrictives portent atteinte aux fondements ou aux caractères essentiels d'une société libre et démocratique.<sup>265</sup>

Parmi les suggestions possibles, l'on pourrait mentionner celle consistant à rapprocher le contrôle de constitutionnalité d'une norme de contrôle en droit administratif, l'erreur manifeste d'appréciation. Le Conseil constitutionnel français

---

263. A. Morel, *supra* note 213 à la p. 94.

264. *Ibid.* à la p. 96.

265. *Ibid.* à la p. 98.

a parfois adopté une telle norme de contrôle<sup>266</sup>. Évidemment, l'on pourrait voir dans une telle norme de retenue judiciaire qu'une nouvelle trace de la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs.

D'autre part, le test de l'article premier, conçu comme contrôle des moyens par rapport à des fins, présente un problème épistémologique fondamental. Il place en effet le jugement juridique devant être effectué dans le cadre du critère de proportionnalité de l'article premier tel qu'interprété dans l'affaire *Oakes* sous le paradigme de la rationalité instrumentale. Sans entrer trop avant dans les considérations philosophiques concernant l'insuffisance de ce modèle de rationalité comme fondement du jugement pratique<sup>267</sup>, l'on peut à tout le moins souligner quelques problèmes pratiques et, même, théoriques.

Premièrement, lorsqu'il s'agit de vérifier si les moyens utilisés permettent d'atteindre l'objectif législatif visé et que le contrôle de constitutionnalité se résume, à peu de choses près, à cela, l'importance n'est alors accordée qu'aux seuls moyens mis en œuvre par le législateur. En fait, les fins ou les raisons de légiférer sont généralement considérées, sous le critère de l'objectif législatif, comme étant suffisamment importantes, se rapportant à des préoccupations urgentes et réelles selon le test de *Oakes*<sup>268</sup>. Cette approche accorde en conséquence trop peu d'importance aux fins poursuivies et à l'importance du droit auquel il est porté atteinte. C'est ainsi, par exemple, que la juge McLachlin en arrive à affirmer ceci dans l'affaire *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)* :

La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur

---

266. Voir l'affaire des nationalisations, déc. No 81-132 du 16 janvier 1982 : «Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789». Voir aussi la décision Sécurité et liberté du 20 janvier 1981 : «Considérant que [...] il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci alors qu'aucune disposition du Titre I de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789».

267. Voir notamment les principaux ouvrages de Jürgen Habermas.

268. L. Bégin, *supra* note 50 aux pp. 234-235.



a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi.<sup>269</sup>

Deuxièmement, comme le montre l'ajout de variables contextuelles modulant l'intensité avec laquelle le test de l'article premier doit s'appliquer, «il n'est pas suffisant de vérifier l'admissibilité d'une restriction à travers une épreuve essentiellement instrumentale, portant sur la légitimité du but poursuivi, le caractère approprié des moyens choisis et la nécessité d'y recourir»<sup>270</sup>. Ce type d'analyse de la solution optimale, avec son usage du test de proportionnalité dans une perspective coût-bénéfice ou fin-moyen, emprunte les fondements utilitaristes de la théorie économique du droit, laquelle «propose de définir les conditions d'une rationalité substantielle auxquelles elle entend soumettre les décisions publiques»<sup>271</sup>. La Cour suprême, à la majorité, a d'ailleurs reconnu que :

[d]ans la mesure où ils sont pertinents pour l'application de la *Charte*, relèvent alors de l'analyse fondée sur l'article premier les arguments utilitaires commandant une analyse coûts-bénéfices des avantages dont jouirait la majorité par rapport aux inconvénients que subirait la minorité<sup>272</sup>.

Olivier de Schutter explique comme suit le problème plus fondamental que pose la rationalité instrumentale sur laquelle s'appuie le test de l'article premier dans sa version *Oakes* :

---

269. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1993] 3 R.C.S. 519 au para. 225.

270. Olivier de Schutter, «Les cadres du jugement juridique» (1998) 2 *Annales de Droit de Louvain* 177, 178-179. Voir également, pour une remise en cause de la conception instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité : Olivier de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999 [O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*].

271. Philippe Coppens et Jacques Lenoble, «Les enjeux d'une question : théorie du droit et de l'État, théorie de la norme et procéduralisation contextuelle» dans Philippe Coppens et Jacques Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1, à la page 11 [P. Coppens et J. Lenoble].

272. *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571 au para. 101 (juges Gonthier et Binnie, pour leurs collègues McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache).

L'exigence classique de la proportionnalité, qui postule une adéquation des moyens par rapport aux fins poursuivies et un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces moyens et ces fins, avoue une double dette envers la forme de rationalité qu'on s'accorde aujourd'hui à reconnaître dépassée : d'une part, elle suppose le caractère déterminable de la relation entre les moyens et les fins, c'est-à-dire qu'elle attribue à l'environnement dans lequel la décision s'inscrit des caractères de prévisibilité et de stabilité qui lui font en réalité défaut; d'autre part, elle suppose l'univocité des valeurs poursuivies par l'intervention publique, ainsi qu'il ressort nettement de la possibilité d'une «mise en balance» des moyens utilisés et des fins en vue de la réalisation desquelles ils le sont, cette mise en balance supposant une norme commune qui serait, dans la présentation classique de la proportionnalité, comme donnée d'avance et non elle-même susceptible d'être mise en discussion.<sup>273</sup>

Comme le montre l'analyse comparée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour de justice de la Communauté européenne, de la Cour suprême des États-Unis et de la Cour suprême du Canada, la conception instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité est insuffisante<sup>274</sup>. Cette insuffisance est démontrée notamment par des références à la substance du droit (par exemple, la forme d'expression en cause est-elle au cœur de la liberté d'expression?) et aux intérêts en présence (l'État agit-il comme adversaire d'un individu ou comme arbitre entre des intérêts opposés?; l'État protège-t-il un groupe vulnérable?) dans l'examen de la limitation des droits et libertés. Avec comme conséquence que ce n'est plus la rationalité instrumentale qui sert à définir la limitation des droits et libertés; c'est plutôt la notion de raison procédurale :

qui traduit le mieux la méthode d'interprétation du «raisonnable» suivie par les juridictions. La validité de la prétention dépend d'une procédure de discussion dans laquelle chacun devra fonder sa position sur un raisonnement rationnel et logique renvoyant à des autorités juridiquement admises. Les choix de valeurs ne sont pas exclus, mais ils ne sont

---

273. Olivier de Schutter, «La procéduralisation du droit européen. Propositions institutionnelles» dans P. Coppens et J. Lenoble, dir., *Démocratie et procéduralisation du droit*, *supra* note 271 à la p. 321.

274. Sur les juridictions européennes et américaines, voir les travaux d'Olivier de Schutter, mentionnés aux notes 270 et 273, ainsi que l'ouvrage d'Olivier Corten, *L'utilisation du raisonnable par le juge international. Discours juridique, raison et contradictions*, Bruxelles, Bruylant/Éd. UdB, 1997.

départagés que par l'intermédiaire des justifications apportées *a posteriori*. En ce sens, la raison procédurale transcende le clivage entre raison pure et raison pratique<sup>275</sup>.

En faveur de l'abandon de la conception instrumentale de l'examen de constitutionnalité, l'on peut, en somme, se demander, comme je le soulevais plus haut, si le test qui découle de cette approche est pertinent pour déterminer si une norme juridique est constitutionnelle ou non. En effet, que le rapport entre les moyens mis en œuvre et la fin poursuivie soit établi assure-t-il la constitutionnalité d'une norme juridique? Est-ce ainsi qu'il faut poser la question? En d'autres termes, examiner si le moyen choisi permet d'atteindre l'objectif visé, est-ce la question pertinente afin de déterminer la constitutionnalité des normes juridiques?

À mon avis, le test instrumental pose mal le problème devant être résolu par le contrôle judiciaire de constitutionnalité. Il s'agit moins de mesurer l'efficacité interne de la norme contestée que de vérifier sa constitutionnalité et d'établir une norme constitutionnelle. Considérer que le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit servir à mesurer cette efficacité de la mesure contestée, sa capacité à atteindre les fins visées par les moyens choisis, signifie que l'on adhère à une conception classique de la rationalité. Tel qu'interprété depuis l'arrêt *Oakes*, le test de proportionnalité de l'article premier entraîne les juges dans cette voie. La Cour y a en effet élaboré un test de proportionnalité qui prend la forme d'une évaluation de la rationalité instrumentale dont la norme est porteuse.

Une fois abandonnée la conception instrumentale du contrôle de constitutionnalité, il conviendrait plutôt de recentrer le débat constitutionnel autour de la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Au sein d'une démocratie représentative, fondée sur les conceptions traditionnelles de la séparation des pouvoirs et du jugement juridique, l'action du juge constitutionnel est certes illégitime. C'est dans cette compréhension, qui demeure prisonnière de la théorie positiviste du droit avec son insistance sur le monopole du législateur dans la production du droit et la neutralité du juge face à la volonté des élus, que l'on a pu parler d'une crise de la démocratie. En fait, cette crise de

---

275. *Ibid.* à la p. 667.

la démocratie représentative est celle d'un certain modèle de rationalité<sup>276</sup>. La garantie de rationalité qu'offre le modèle de la démocratie représentative s'inscrit dans le cadre de la philosophie de la conscience, fortement contestée à la fois par le postmodernisme et par les théories qui s'attachent à repenser la modernité. Il importe d'examiner brièvement quelques-unes de ces avenues. Je débiterai par une approche qui propose une nouvelle forme de rationalité, la rationalité communicationnelle, pour ensuite m'éloigner d'une rationalité de l'action ou de la raison pratique au profit d'une conception systémique du droit.

### *L'article premier et le dialogue*

Conçu dans le cadre d'une démocratie délibérative, l'article premier pourrait permettre davantage le dialogue entre les tribunaux et le législateur<sup>277</sup>. Selon Jean Leclair, «[n]e pas empiéter sur le domaine réservé au pouvoir législatif supposerait également, de la part du pouvoir judiciaire, une reconsidération du test élaboré dans *Oakes*»<sup>278</sup>. Le constitutionnaliste Leclair suggère notamment d'adopter une approche de droit comparé. Il s'appuie alors sur le constitutionnaliste José Woehrling qui écrit :

[S]i l'on arrive à démontrer qu'une certaine solution législative a été considérée comme non raisonnable et non justifiable dans un ou, de préférence, plusieurs pays libre(s) et démocratique(s), dont la constitution est similaire à la Charte et dont le niveau de culture et de développement se compare à celui du Canada, un tribunal canadien pourra, en s'appuyant sur cette comparaison objective, plus facilement considérer cette même politique législative comme ne satisfaisant pas les exigences de l'article premier de la *Charte*, que s'il justifiait cette

---

276. Jacques Lenoble, «Modèles de rationalité et crise de la démocratie» dans Dominique Rousseau, dir., *La démocratie continue*, *supra* note 130 à la p. 83.

277. Cette conception du rôle de l'article premier est partagée par les tenants de la théorie du dialogue : P. Hogg et A. Bushell, *supra* note 58; K. Roach, *supra* note 56; Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp, «La relation entre le juge et le législateur sous le régime de la Charte canadienne : pistes pour un meilleur dialogue» dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir., *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada 1987-2002*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 605 [Bernard et Beauchamp].

278. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 414. Le constitutionnaliste Leclair suggère d'adopter une approche de droit comparé. Il s'appuie alors sur le constitutionnaliste José Woehrling, «Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme» dans Armand de Mestral et al., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1986, 447 [J. Woehrling, «Le rôle du droit»].

conclusion par les seuls arguments fondés sur l'interprétation d'un texte vague et général que cette dernière. À l'inverse, il sera difficile au juge canadien de déclarer non raisonnable et non justifiable une loi fédérale ou provinciale qui ressemblerait beaucoup à des textes semblables qui ont passé avec succès le test de la validité dans un ou plusieurs pays étrangers qu'on peut considérer comme libres et démocratiques. [...]

Lorsqu'un problème semblable a reçu des solutions différentes ou divergentes dans plusieurs pays pouvant être considérées comme libres et démocratiques, dont les textes constitutionnels et l'environnement social sont comparables à ceux du Canada, cela ne démontre-t-il pas «que des règles de droit différentes, voire opposées, peuvent être toutes et en même temps raisonnables» et que, par conséquent, le législateur démocratique peut librement choisir entre elles? Par conséquent, la divergence des situations juridiques révélée par le droit comparé peut indiquer qu'aucune solution unique ne s'impose absolument et qu'à moins de vouloir se substituer au législateur, le juge ne doit pas chercher à imposer à celui-ci la solution que lui-même préfère.<sup>279</sup>

Par ailleurs, selon le professeur Leclair, le test de *Oakes* «nuît à l'établissement d'un dialogue institutionnel»<sup>280</sup>. Dans l'arrêt *Sauvé*<sup>281</sup>, le juge Gonthier, dissident, explique que la conception dialogique des rapports entre les tribunaux et les législateurs doit amener les juges à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des choix législatifs, particulièrement lorsque la question en litige implique des philosophies sociales ou politiques opposées.

L'approche procédurale offre une autre possibilité, distincte de cette notion de dialogue interinstitutionnel, afin de revoir le test de l'article premier de la *Charte*. En fait, il y aurait lieu de redéfinir la proportionnalité en fonction des exigences d'une démocratie délibérative. Cela implique une procéduralisation contextuelle de l'article premier de la *Charte* :

La procéduralisation de la proportionnalité signifierait que, ce qui fait à présent l'objet du contrôle, c'est le fait pour la décision de n'avoir été

279. J. Woehrling, «Le rôle du droit», *supra* note 278 aux pp. 462-463.

280. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 417.

281. *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, *supra* note 66 au para. 104 et s.

adoptée qu'au terme d'une procédure dans laquelle ont pu se faire entendre l'ensemble des parties intéressées, et de prendre en compte des observations qui y ont été faites. Soit l'auteur de la mesure a fait droit aux observations soumises dans le contenu de la décision adoptée; soit, s'il ne s'y est pas rangé, il doit en avoir explicité les raisons, à travers une motivation qui soit à la mesure de la pertinence de l'objection formulée. Ainsi la vérification de la proportionnalité ne doit-elle plus prendre appui sur l'hypothèse d'un environnement stable et prévisible d'emblée : ce qui est vérifié, ce n'est pas que la prévision [de l'adéquation des moyens par rapport aux fins poursuivies] ait été parfaitement effectuée, mais que l'ensemble des avis pertinents ait été pris en compte, et ainsi l'incertitude compensée par un dispositif institutionnel approprié. Ainsi également la vérification de la proportionnalité ne suppose-t-elle pas le caractère non problématique des valeurs poursuivies, comme le postulait en revanche la mise en balance, classiquement conçue, des moyens et des fins : les valeurs sur lesquelles prend appui la décision sont celles auxquelles fait appel la justification donnée à la décision adoptée, en réponse à l'ensemble des objections soulevées à son encontre, objections qui doivent provenir d'horizons normatifs différents et même en conflit les uns avec les autres.<sup>282</sup> [nos soulignés]

Ainsi, le test de l'article premier cesserait de mesurer si les moyens choisis sont adéquats pour atteindre les objectifs poursuivis. De toute façon, cette conception de la proportionnalité est une impossibilité épistémologique : juger de la constitutionnalité des normes en exigeant de son auteur qu'il ait bien évalué si la mesure permettrait d'atteindre sa finalité, c'est oublier que cette évaluation ne peut se faire *a priori*, que l'effectuation du droit ne survient que dans son application, son insertion contextuelle. Il s'agirait plutôt de convoquer et de prendre en considération les différents avis et contextes dans le processus de justification du droit. Dans cet examen contextualisé, «le juge doit s'assurer le concours d'une régulation négociée dont il peut contrôler le processus réflexif»<sup>283</sup>. Il s'agit de contextualiser la justification de la norme, ce qui :

implique en effet que les motifs qui expliquent à l'origine l'adoption de la norme ou l'initiation de la politique peuvent se réviser en fonction des effets réels qui résultent de l'application de la norme ou de la mise en œuvre de la politique, comme doivent pouvoir être révisées la norme elle-

282. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *supra* note 270 à la p. 322.

283. P. Coppens et J. Lenoble, *supra* note 271 à la p. 21.

même, ou la politique; et elle suppose que, les contextes d'application pouvant être multiples, comme peuvent l'être les perspectives au départ desquelles une appréciation pourra être portée sur la norme ou la politique en cause, l'évaluation associe l'ensemble des acteurs intéressés, à tous les maillons de la chaîne décisionnelle<sup>284</sup>.

Sur cette base, le contrôle constitutionnel pourrait prendre la forme d'une pondération contextualisée et délibérative des intérêts<sup>285</sup>. Pour réaliser cet équilibre entre les intérêts en cause, le tribunal doit s'assurer que les conditions procédurales permettent une discussion des objets du litige. Le juge pourrait ainsi mieux veiller au respect des droits, en s'assurant que ceux-ci soient pris en compte dans le processus menant à l'édiction de la norme. Cette conception alternative de la balance des intérêts consiste «à prendre acte de la capacité qu'ont les différents intérêts en jeu, à travers les porte-parole qui en assurent la représentation dans le cadre du procès, de se transformer à l'épreuve de la discussion»<sup>286</sup>. En fait, «une conception délibérative de l'opération de balance des intérêts admet que ces intérêts peuvent évoluer par leur mise en contact dans le cadre du procès. Mais elle prend acte aussi de ce que les personnes qui assurent la représentation de ces intérêts peuvent être amenées à la découverte qu'il est dans leur intérêt commun d'œuvrer à la révision du cadre à l'intérieur duquel se tient leur discussion, celui qu'imposent les normes juridiques en vigueur»<sup>287</sup>. Selon une telle approche de la procéduralisation contextuelle, il s'agit :

d'opérer transformation du contexte qui contribue à créer le conflit, et spécialement d'assurer que le litige dans le cadre duquel les intérêts s'opposent fournisse l'occasion de la formulation d'une nouvelle norme

---

284. O. de Schutter, *supra* note 273 à la p. 343.

285. O. de Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *supra* note 269. Cette pondération doit être distinguée de celle suggérée par David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Selon ce dernier, le contrôle judiciaire doit se limiter au principe de proportionnalité entre les effets bénéfiques et préjudiciables, dans l'esprit du sous-critère de proportionnalité formulé par le juge Lamer dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Tandis que le principe de proportionnalité au sens de Beatty emprunte à la rationalité instrumentale, l'approche de la pondération contextuelle se veut procédurale.

286. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 16.

287. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 16.

juridique, qui évitera la répétition du conflit à l'avenir, ou bien du moins réduira les risques qu'il surgisse à nouveau<sup>288</sup>.

Chaque norme ouvre divers possibles. Le choix entre ces possibles n'est pas défini par la norme elle-même mais est commandé par les représentations préexistantes qui définissent les équilibres sociaux propres à la forme de vie acceptée au sein d'une collectivité. En conséquence, toute réalisation d'un objectif normatif implique non seulement la détermination de l'objectif jugé rationnellement acceptable mais aussi les moyens à mobiliser pour transformer les formes de vie existantes sur base desquelles seront sélectionnés les divers possibles que toute norme ouvre au plan de son application.<sup>289</sup>

Au plan plus fondamental, c'est-à-dire celui des fondements du jugement juridique, le déplacement théorique est important, comme l'explique Olivier de Schutter :

À la place de la séparation nette des entreprises de justification et d'application, on a affaire ici, à une rétroaction de celle-ci sur celle-là. À la place du contexte dans lequel s'inscrit la décision de justice qui, comme chez Pound, comprend un certain nombre de « besoins » à satisfaire, d'intérêts déjà constitués et pesés, le contexte est à définir par les acteurs qu'intéresse la décision de justice à intervenir, à qui la possibilité doit être donnée de réviser leurs préférences personnelles, et d'engager un rapport réflexif aux normes sous lesquelles leurs relations se placent.<sup>290</sup>

Comprise dans la perspective de la délibération, la question sous l'article premier consiste à élaborer et justifier la norme proposée au regard de la situation de chaque partie et de celles de toutes les personnes susceptibles d'être concernées par cette norme. C'est du moins ce que prescrivent les principes de discussion et d'universalisation de l'éthique de la discussion imaginée par Jürgen Habermas. Toutefois, l'examen de la limitation raisonnable des droits et libertés ne peut se limiter au seul contrôle des conditions *a priori* des délibérations et décisions. Ainsi, en contextualisant le contrôle de constitutionnalité, l'on procède, au besoin, à une

---

288. O. de Schutter, *ibid.* à la p. 17.

289. P. Coppens et J. Lenoble, *supra* note 271 aux pp. 18-19.

290. O. de Schutter, *supra* note 270 à la p. 17.



révision de la norme à la lumière des différentes applications possibles, et même, à une transformation du contexte à la base du conflit. En ce sens, le seul échange contradictoire entre les parties au litige ne suffit plus; il doit s'agir d'associer davantage les différents contextes normatifs au procès. Alors que le test instrumental, consacré par l'actuelle interprétation de l'article premier, ne s'intéresse qu'à la norme législative, la limitation d'un droit ou d'une liberté est avant tout un acte visant à définir une norme constitutionnelle, faite de la rencontre d'un droit constitutionnalisé et d'une loi qui le limite. Ce qui ne peut s'évaluer qu'en examinant les conséquences de la norme contestée sur le droit protégé, bref en examinant les formes de vie (le contexte pragmatique) que cette norme constitutionnelle permet de réaliser.

### ***La fonction de l'article premier***

Alors que cette dernière alternative s'occupe à repenser le contrôle judiciaire de constitutionnalité dans un modèle de démocratie délibérative, une approche qui est d'ailleurs contestée dans la mesure où l'on ajusterait alors le modèle démocratique au contrôle judiciaire afin de rendre ce dernier légitime<sup>291</sup>, l'on pourrait plutôt se limiter à en analyser la fonction dans un système juridique<sup>292</sup>. La perspective est ici bien différente de celle traditionnellement affirmée par les théories de la raison pratique avec leurs modèles de rationalité. Il ne saurait s'agir ici d'une vérité pratique à découvrir. Qu'en est-il de cette fonction du contrôle judiciaire dans le système juridique?

Dans un système juridique doté d'une constitution rigide, les droits et libertés constitutionnalisés ne peuvent être modifiés, et encore moins supprimés, par

---

291. Michel Troper, notamment, plaide contre un tel élargissement du concept de démocratie. Un nouveau concept de démocratie serait conciliable avec l'État de droit puisqu'il s'identifierait purement et simplement avec lui : Michel Troper, «La démocratie comme État de droit» dans Josiane Boulad-Ayoub et Luc Bonneville, dir., *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, 55 à la p. 63 et s. Contra : voir K. Benyekhlef, *supra* note 9 : qui plaide en faveur d'une reconceptualisation de la démocratie afin d'y inclure les droits et libertés comme élément essentiel.

292. L'on peut retrouver la source de cette théorie, d'abord éditée en 1928, chez Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, notamment à la page 17, où Eisenmann écrit que «la question en son fond reste de procédure : prononcer l'inconstitutionnalité matérielle d'une norme légale, c'est dire que, dérogeant par son objet ou son contenu à la Constitution, cette norme aurait dû être posée en la forme constitutionnelle».

les lois ordinaires. La suprématie des droits et libertés reconnus provient donc de cette rigidité. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité doit ainsi veiller au respect de cette suprématie. En fait, l'on peut concevoir le contrôle judiciaire de constitutionnalité comme un contrôle de la procédure où le juge constitutionnel examine si le législateur avait la compétence de modifier la norme constitutionnelle par une simple loi. Pouvait-il le faire par la procédure législative ordinaire ou s'agissait-il plutôt d'une modification qui exige la mise en œuvre d'une procédure plus complexe de modification constitutionnelle? La décision d'invalidier des règles de droit ne signifie pas «que les mesures prévues ne peuvent être prises, mais qu'elles ne peuvent l'être qu'en empruntant la voie constitutionnelle c'est-à-dire celle de la révision de la Constitution»<sup>293</sup>.

Rien n'interdit qu'une révision constitutionnelle ait pour objet de déroger, fût-ce pour régler un cas particulier, à une disposition constitutionnelle en vigueur. [...] C'est cette plénitude du pouvoir de révision constitutionnelle qui légitime le contrôle de la constitutionnalité des lois.<sup>294</sup>

Sous l'article premier de la *Charte*, le contrôle devrait alors établir s'il s'agit d'une limite raisonnable du droit en cause, ce qui serait le cas si la norme constituée par la rencontre du droit (ou de la liberté) et de la disposition contestée s'avérait une norme pouvant être élaborée par le législateur. Si, au contraire, seul le constituant pouvait effectuer une telle modification, le tribunal devrait alors déclarer l'inconstitutionnalité, au motif qu'on n'a pas pu justifier une telle limite (c'est-à-dire qu'une telle limite ne pouvait être apportée par le législateur). Plus exactement, limiter ainsi le droit ne relèverait pas de la compétence du législateur. Par exemple, s'agissant de l'interdiction du droit de vote des détenus ayant commis des crimes graves, une fois constaté qu'il y a atteinte au droit de vote protégé par l'article 3 de la *Charte*, il s'agit de déterminer qui du constituant ou du législateur a le pouvoir d'édicter une telle norme. En ce sens, le contrôle judiciaire de constitutionnalité

---

293. Louis Favoreu, «Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations» (1982) R.D.P. 377 aux pp. 419-420 [L. Favoreu]. C'est ce qu'on appelle la théorie de l'aiguilleur : Michel Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001 à la p. 187 et s. Elle aurait été créée par Favoreu, puis reprise par Georges Vedel, «Schengen et Maastricht (à propos de la décision no 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991)» (1992) 8 RFDA 173 [G. Vedel, «Schengen et Maastricht»], et par Georges Vedel, «La parité mérite mieux qu'un marivaudage législatif», *Le Monde* (8 décembre 1998).

294. G. Vedel, «Schengen et Maastricht», *supra* note 293 aux pp. 178-179.

sous la *Charte* s'apparenterait à celui que les tribunaux ont depuis toujours effectué sous le partage des compétences législatives dans le régime fédéral canadien. Comme la Cour suprême l'a affirmé à quelques reprises, «une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs»<sup>295</sup>.

Évidemment, en raison de la très grande difficulté de modifier la Constitution par le recours à une procédure complexe d'amendement, cela signifierait que la norme constitutionnelle ne pourrait pas, à toutes fins pratiques, être modifiée. Néanmoins :

l'obstacle que la loi rencontre dans la Constitution peut être levée par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême : la révision constitutionnelle. Si les juges ne gouvernent pas, c'est parce que, à tout moment, le souverain, à la condition de paraître en majesté comme Constituant peut, dans une sorte de lit de justice, briser leurs arrêts<sup>296</sup>.

De plus, l'article 33 de la *Charte*, qui permet de déroger aux énoncés judiciaires relatifs aux droits constitutionnellement reconnus, pourrait aussi servir ici de «lit de justice»<sup>297</sup>. C'est-à-dire que le législateur pourrait décider d'assumer la responsabilité d'édicter telle norme en énonçant expressément qu'il s'agit d'une

---

295. *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*, *supra* note 2 à la p. 497 (j. Lamer), citant les propos du juge Dickson dans *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576 à la p. 590.

296. G. Vedel, «Schengen et Maastricht», *supra*, note 293 aux pp. 179-180. Vedel poursuit : «Gardons-nous que la créature – la Constitution – n'échappe à son créateur – le pouvoir constituant – et que l'exaltation de l'une ne s'accompagne de la mise en cage de l'autre».

297. Cette métaphore, énoncée par le doyen Vedel, est résumée comme suit par Michel Troper : «Le lit de justice est une institution de l'ancienne monarchie française, par laquelle le roi surmontait l'opposition des parlements. Ceux-ci étaient des cours dotées de fonctions judiciaires, mais aussi législatives. Lorsque le roi édictait des lois, celles-ci étaient transmises aux parlements, qui devaient les enregistrer pour les rendre exécutoires. Si les parlements s'opposaient aux lois, c'est-à-dire au souverain, ils lui adressaient des «remontrances». Le roi pouvait passer outre en envoyant des «lettres de Jussion» mais si celles-ci demeuraient sans effet, il se rendait lui-même au Parlement, où il s'asseyait sur un «lit de justice» et rendait l'arrêt ordonnant l'enregistrement. Il exerçait ainsi sa souveraineté.» M. Troper, *supra* note 292 aux pp. 225-226. Voir aussi Pierre Avril et Jean Gicquel, «La constitution est-elle devenue «ringarde»?», *Le Monde* (1<sup>er</sup> juillet 1999).

dérogação par rapport au droit constitutionnel existant. Évidemment, il est politiquement difficile d'insérer dans une loi une clause dérogatoire :

À l'intérieur d'une société qui porte haut l'étendard du libéralisme et qui s'avère très soucieuse de protéger et de défendre ses libertés fondamentales, il va de soi que ceux qui sont élus par les suffrages de leurs commettants, selon les mécanismes que l'on connaît, ne seront en général pas très à l'aise – c'est le moins que l'on puisse dire – avec l'idée de devoir recourir fréquemment à la clause dérogatoire<sup>298</sup>.

C'est également l'avis du professeur Leclair :

[e]n ce moment, l'article 33 de la *Charte*, le seul à autoriser un véritable dialogue entre égaux, ne permet pas à une assemblée législative de se réclamer d'une telle légitimité. Une majorité simple des députés votants permet d'assurer l'adoption d'une loi visant à limiter la portée d'un droit constitutionnel.<sup>299</sup>

Dans cette optique, certaines propositions de réforme de l'article 33 pourraient être étudiées. Parmi celles-ci, l'on peut mentionner l'étude préalable d'un comité parlementaire, la tenue d'un vote libre des députés, l'obligation d'obtenir une majorité renforcée et l'interdiction d'utiliser la disposition dérogatoire *a priori*, c'est-à-dire de manière préventive, avant que la loi ait pu être contestée judiciairement<sup>300</sup>.

---

298. A. Baccigalupo, *supra* note 213 à la p. 131.

299. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 413.

300. Ces modifications sont proposées par J. Leclair, *ibid.* à la p. 414. Voir également Christopher P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter. Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, McClelland & Stewart, 1993 aux pp. 208-209, qui propose de modifier ainsi les paragraphes (1) et (3) de l'article 33 (les modifications sont indiquées en italiques) : «33.(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a final judicial decision that the legislation or a provision thereof abrogates or unreasonably limits a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter. A declaration under this subsection becomes effective upon the agreement of three-fifths of the House of Commons and Senate or three-fifths of the provincial legislature, as the case may be. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect upon the dissolution of the Parliament or legislature making the declaration or five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration».

Autre possibilité, dans ses réponses législatives, le législateur pourrait utiliser davantage, comme le proposait jadis Platon dans *Les lois*, les préambules des lois pour exprimer la justification de sa décision législative<sup>301</sup>. Il pourrait même y inscrire qu'il entend s'écarter de l'interprétation ou de l'argumentation judiciaires. Cela pourrait également se faire dans le *corpus* ou le dispositif de la loi, comme l'a fait le Congrès américain lorsqu'il a écarté une décision de la Cour suprême concernant la liberté de religion et l'accommodement de certaines pratiques religieuses. Brièvement, la situation était la suivante. Dans l'affaire *Employment Division v. Smith* [Smith], la Cour suprême avait refusé l'accommodement religieux à des individus qui avaient été congédiés en raison de leur consommation de peyotl dans le cadre de cérémonies religieuses<sup>302</sup>. Plus important, la Cour suprême avait modifié la norme de contrôle judiciaire : la clause de libre exercice religieux avait jusque-là été interprétée de manière favorable à l'accommodement, ce qui signifie que l'on appliquait la norme de contrôle la plus sévère à l'égard des lois restrictives (le *compelling state interest test*, l'équivalent du critère de l'atteinte minimale)<sup>303</sup>. Le Congrès a expressément renversé l'affaire *Smith* en adoptant la *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, dont voici quelques extraits :

SEC. 2. CONGRESSIONAL FINDINGS AND DECLARATION OF PURPOSES.

(a) FINDINGS. – The Congress finds that –

[...]

- (4) in *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) the Supreme Court virtually eliminated the requirement that the government justify burdens on religious exercise imposed by laws neutral toward religion; and
- (5) the compelling interest test as set forth in prior Federal court rulings is a workable test for striking sensible balances between religious liberty and competing prior governmental interests.

301. Sur l'usage des préambules, voir : Kent Roach, «The Uses and Audiences of Preambles in Legislation» (2001) 47 R.D. McGill 129.

302. *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

303. Ce critère avait été développé dans *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963).

- (b) PURPOSES. - The purposes of this Act are –
- (1) to restore the compelling interest test as set forth in *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) and *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and to guarantee its application in all cases where free exercise of religion is substantially burdened; and
  - (2) to provide a claim or defense to persons whose religious exercise is substantially burdened by government.

Sec. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED.

- (a) IN GENERAL. – Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).
- (b) EXCEPTION. – Government may substantially burden a person's exercise of religion only if it demonstrate that application of the burden to the person – (1) is in furtherance of a compelling governmental interest; and (2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.<sup>304</sup>

Suivant cet exemple, le Parlement fédéral ou une législature provinciale pourrait adopter une loi dans laquelle il exprime son désaccord avec la norme de contrôle judiciaire ayant prévalu dans le cadre de l'examen sous l'article premier de la *Charte*. Cela n'exigerait pas, à mon avis, de recourir à la clause dérogatoire

---

304. *Religious Freedom Restoration Act of 1993*, Pub. L. No. 103-141, 107 Stat. 1488 (1993) (42 U.S.C. 2000bb Supp. V 1993). Cette loi a toutefois été invalidée par la Cour suprême des États-Unis, à la majorité, dans *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997). Cependant, en raison des différences quant au principe de la séparation des pouvoirs - contrairement aux États-Unis, il y a une confusion des pouvoirs dans le système canadien de démocratie parlementaire (voir James B. Kelly, *Governing with the Charter. Legislative and Judicial Activism and Framers' Intent*, UBC Press, Vancouver-Toronto, 2005) -, de la théorie du dialogue comme fondement du contrôle judiciaire de constitutionnalité et de la possibilité d'erreurs judiciaires dans l'interprétation et l'application des droits et libertés (voir l'explication de la juge O'Connor dans sa dissidence), il n'est pas certain qu'une loi canadienne, fédérale ou provinciale, subirait le même sort. Pour une critique d'un tel recours à la théorie du dialogue, voir L. B. Tremblay, *supra* note 60, 636. À l'inverse, le modèle britannique est un exemple du rôle accru du Parlement dans la protection des droits : Janet L. Hiebert, «Parliament and the Human Rights Act : Can the JCHR help facilitate a culture of rights?» (2006) 4 I. Con. 1.

de l'article 33 et montrerait que les tribunaux ne détiennent pas le monopole de l'interprétation et de l'application de la *Charte*.

En repensant le raisonnement sous l'article premier et les conditions de mise en œuvre de l'article 33, se met en place une approche systémique, qui assurerait l'autoreproduction du droit. Cela permet au système juridique d'effectuer une révision continue des règles de droit et d'assurer son unité : «c'est la reproduction auto-créatrice des éléments par les éléments sur la base d'une normativité circulaire et récursive»<sup>305</sup>. Institutionnalisant l'autocritique du système juridique, le contrôle de constitutionnalité fonctionne ainsi dans le cadre d'un système juridique qui s'occupe principalement de son auto-modification, par la procédure constitutionnelle ou la voie législative.

Enfin, dans cette conception systémique, le recours au droit comparé s'analyse en termes d'autonomie du droit. S'il est vrai qu'une approche instrumentale du contrôle judiciaire de constitutionnalité «se révèle indifférente (sinon ouvertement hostile) à tout recours au droit constitutionnel comparé et au droit international»<sup>306</sup>, il faut aussi noter que, dans le contexte de la mondialisation, la jurisprudence constitutionnelle assure également l'autonomie du droit. Face à une globalisation de différents domaines du droit, le droit constitutionnel permet de conserver un droit étatique autonome :

le droit maintient par ce biais sa fermeture opérationnelle et sa différenciation fonctionnelle, et peut même *prétendre*, vu son statut de droit fondamental, arbitrer les conflits surgissant (à l'intérieur du cadre national) entre les sous-systèmes différenciés de la société, entre la politique, l'économie, l'éthique, la culture, l'éducation, la religion, etc.<sup>307</sup>

Le système juridique doit transformer les règles du droit international dans son propre code, les intégrer, pour en faire des arguments acceptables<sup>308</sup>.

---

305. Niklas Luhmann, «L'unité du système juridique» (1986) 31 Ar. philo. dr. 163 à la p. 177.

306. M. Coutu, *supra* note 8 à la p. 255.

307. *Ibid.* à la p. 256.

308. Stéphane Beaulac, «L'interprétation de la Charte: reconsidération de l'approche téléologique et réévaluation du rôle du droit international» (2005) 27 S.C.L.R. (2d) 1.

## 5. Les sanctions d'inconstitutionnalité

L'on retrouve également des traces de la légitimité de la justice constitutionnelle dans la discussion et le choix des sanctions d'inconstitutionnalité édictées en vertu du principe de la suprématie de la Constitution prévu au paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>309</sup>. Cette question met en cause les rapports entre le législateur et les tribunaux.

Dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême a établi que le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* entraîne une déclaration d'invalidité<sup>310</sup>. Dans ce même avis consultatif, la Cour suprême a néanmoins suspendu temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité afin d'éviter la situation de vide juridique qui aurait prévalu dans la province si les lois manitobaines, dans leur quasi-totalité, avaient été d'un seul coup déclarées inopérantes, et ce, au nom du principe de la primauté du droit, auquel la Cour attribue en l'espèce deux sens, sans nous préciser comment prioriser l'un plutôt que l'autre. Malgré cela, cette décision paraît justifiée car, comme l'explique Niklas Luhmann, la modification du droit ne saurait être si globale : «Certes, dans un ordre juridique positif, l'ensemble du droit peut être modifié au moyen d'une décision; mais cela ne peut se faire d'un seul coup»<sup>311</sup>.

Ce renvoi montre bien que la déclaration d'invalidité pure et simple peut s'avérer une sanction inappropriée dans certaines circonstances. Suspendre temporairement l'effet de cette déclaration d'invalidité est une variante parfois nécessaire. Afin d'éviter que la sanction normale d'inconstitutionnalité ne produise des effets encore plus négatifs que ceux que l'on cherche à sanctionner, les tribunaux ont élaboré des sanctions alternatives. La difficulté qu'elles soulèvent est que la plupart d'entre elles amènent les juges à reconstruire ou reformuler le régime législatif adopté par le législateur, ce qui fait des juges de véritables co-législateurs. Évidemment, cela fait apparaître le problème de la

---

309. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11 : «La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit».

310. *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 746-747.

311. Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, Ste-Foy, PUL, 2001 à la p. 144. Sur ce point, voir Henri M'Bulu, *Droit et objectivité pratique; analyse de la Jurisprudence féministe et des Critical Legal Studies*, Thèse de doctorat, Université de Montréal, 2000 aux pp. 342-343.



légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, ce qui se traduit par des attitudes de retenue et d'activisme judiciaires dont on retrouve des traces dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

De manière générale, les instances parlementaires sont perçues comme un forum institutionnel plus approprié pour déterminer la correction devant être apportée à la norme précédemment déclarée inconstitutionnelle. La jurisprudence de la Cour suprême en fait spécifiquement mention, notamment en raison de ce critère établi dans l'arrêt *Schachter c. Canada* [*Schachter*] consistant à limiter l'ingérence dans l'intention du législateur<sup>312</sup>. La sanction ne doit pas empiéter sur le domaine législatif, ne doit pas changer la nature de ce régime, notamment en fonction des considérations financières. On le voit, cette question de la sanction conduit directement à celle des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire et au questionnement sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité. Car, comme l'écrit le professeur Woehrling :

Sur le plan des principes constitutionnels, ces techniques sont cependant difficiles à concilier avec la séparation des pouvoirs puisqu'elles amènent les tribunaux à exercer un véritable rôle de «co-législateur». Pour atténuer ce problème, les juges doivent faire preuve de retenue judiciaire : le texte contesté, une fois reformulé par la Cour doit demeurer suffisamment semblable au texte original pour qu'on puisse penser que le législateur l'aurait quand même adopté<sup>313</sup>.

Dans les discussions des sanctions d'inconstitutionnalité édictées en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de nombreuses traces du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle peuvent être découvertes dans le discours judiciaire de la Cour suprême<sup>314</sup>. Celles-ci se

---

312. *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 à la p. 707 et s.; Voir aussi *Osborne c. Canada* (*Conseil du Trésor*), [1991] 2 R.C.S. 69 à la p. 104; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577 à la p. 628; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933.

313. José Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 à la p. 359.

314. L'on peut également observer de telles traces dans les réparations constitutionnelles ordonnées sous le para. 24(1) de la Charte. Voir par exemple *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse* (*Ministre de l'Éducation*), [2003] 3 R.C.S. 3, notamment au para. 53 où les juges Iacobucci et Arbour écrivent : «[e]n toute déférence, l'interprétation de l'art. 24 qui se dégage des motifs des juges LeBel et Deschamps tendrait à court-circuiter et à réduire ce large

dissimulent parfois derrière des réflexions quant aux conceptions de la séparation des pouvoirs et au rôle respectif des tribunaux et du législateur :

Dans certains cas, il ne sera pas possible, à partir d'une analyse fondée sur la Constitution, de déterminer avec suffisamment de précision dans quelle mesure il faut élargir la portée d'une loi pour la rendre compatible avec la Constitution. Il appartient alors aux législateurs et non aux tribunaux de combler les lacunes.<sup>315</sup>

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.<sup>316</sup>

Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaldrait à faire des choix particuliers entre diverses options dont aucune ne ressort avec suffisamment de précision de l'interaction de la loi en question et des exigences de la Constitution. Cette responsabilité incombe au législateur et non aux tribunaux.<sup>317</sup>

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des

---

pouvoir discrétionnaire. Elle tendrait également, en l'espèce, à court-circuiter et à dévaloriser la promesse constitutionnelle relative aux droits linguistiques contenue à l'art. 23. À notre avis, la retenue judiciaire et les métaphores comme celle du «dialogue» ne doivent pas être érigées en règles constitutionnelles strictes auxquelles peuvent être assujettis les termes de l'art. 24. Le même raisonnement s'applique aux règles procédurales de common law, comme celle du *functus officio*, qui, dans une certaine mesure, peuvent être incorporées dans des lois. Comme les juges LeBel et Deschamps semblent le reconnaître aux par. 135 et suivants, il faut plutôt considérer qu'il existe des situations où notre Constitution requiert des réparations particulières afin d'assurer le maintien de l'ordre qu'elle vise à établir.»

315. *Schachter c. Canada*, *supra* note 312 au para. 52.

316. *Ibid.*

317. *Ibid.* au para 56.

moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopté sans eux.<sup>318</sup>

À mon avis, il ne conviendrait pas que notre Cour donne à la Loi sur les Indiens une «interprétation large», qui aurait pour effet d'accorder aux non-résidents un droit de vote les habilitant à se prononcer sur certaines questions mais non sur d'autres. Une telle décision impliquerait des modifications considérables et détaillées au régime établi par la loi. Élaborer un régime aussi détaillé et choisir parmi plusieurs options ne sont pas des rôles appropriés pour notre Cour en l'espèce (voir *M. c. H.*, précité, au par. 142, motifs du juge Iacobucci).<sup>319</sup>

À mon avis, lorsque l'interprétation large d'une partie d'une loi a des répercussions importantes sur un autre régime distinct prévu par la même loi, il n'est pas prudent de présumer que le législateur aurait adopté la loi dans sa version modifiée. Dans ces cas, le recours à l'interprétation large équivaut à faire des choix particuliers, responsabilité qui incombe au législateur, et non aux tribunaux, comme le juge en chef Lamer l'a rappelé dans *Schachter*, précité, à la p. 707.<sup>320</sup>

### ***La confusion conceptuelle***

*Schachter* est le premier arrêt de principe concernant les mesures correctives constitutionnelles. Il représente également la principale cause de la confusion qui règne en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, et je ne parle même pas du lien suggéré par le juge en chef Lamer entre l'article premier et la question des remèdes! Pour illustrer l'état de confusion dans les sanctions, je n'examinerai qu'un arrêt, *R. c. Sharpe*, bien que plusieurs autres pourraient ici

---

318. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 au para. 167.

319. *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 au para. 115.

320. *M. c. H.*, *supra* note 66 au para. 142.

servir d'exemples<sup>321</sup>. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si la disposition législative du *Code criminel* interdisant la possession de pornographie juvénile est constitutionnelle ou si, au contraire, elle constitue une restriction injustifiée de la liberté d'expression. Écrivant pour la majorité, la juge en chef McLachlin conclut que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applications : «dans les circonstances de la présente affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable»<sup>322</sup>.

En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.<sup>323</sup>

Alors qu'elle corrige, ou prétend corriger, par interprétation large l'article 163.1, en ajoutant au texte de l'article 163.1 ces deux exceptions, la juge en chef réduit la portée de la règle de droit énoncée par cette disposition législative. Alors, cet ajout au texte (*reading in*) ne serait-il pas plutôt une exclusion ou réduction de la portée de la règle de droit (*reading down*)? Il y a lieu de le croire. Cet ajout au texte (*reading in* par rapport au texte législatif) produise un effet d'exclusion de certains cas (*reading down* par rapport au sens du champ d'application de la norme juridique) devrait suffire à convaincre quiconque des risques d'incohérence dans la jurisprudence relative à la sanction ou réparation dans les cas d'inconstitutionnalité. Il faut en effet distinguer l'ajout au texte législatif de l'effet sur la portée de la règle de droit, comme le suggère la professeure Danielle Pinard dans un article magistral sur la question des sanctions d'inconstitutionnalité<sup>324</sup>. Pour mieux comprendre la confusion

---

321. Voir la recension faite par Danielle Pinard, «Les sanctions d'une règle de droit législative incompatible avec la *Charte canadienne des droits et libertés* : le *reading in*, le *reading down*, l'interprétation large, l'interprétation atténuée, etc.» (2003) R. du B. 421 [D. Pinard].

322. *R. c. Sharpe*, *supra* note 260 au para. 114.

323. *Ibid.* au para. 115.

324. D. Pinard, *supra* note 321.

caractérisant l'état du droit sur cette question, je suivrai la démonstration de cette constitutionnaliste.

D'abord, la confusion s'explique en partie par le vocabulaire utilisé en français (interprétation large, interprétation atténuée...), qui ne différencie pas les étapes de l'interprétation et de la sanction. Les juges sont parfois en désaccord quant au moment où ils peuvent recourir à ces techniques. Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*<sup>325</sup>, les juges majoritaires et dissidents ne s'entendent pas sur la question de savoir à quelle étape du raisonnement judiciaire il est possible de recourir à l'interprétation atténuée (*reading down*), dans l'appréciation de la validité constitutionnelle de l'article du *Code criminel* permettant d'utiliser une force raisonnable pour corriger les enfants. Cette confusion est due en partie à la terminologie française : «Parler d'interprétation d'une loi, quand il s'agit d'ajouter ou de soustraire des cas d'application que l'on a par ailleurs dit être voulus par le législateur, équivaut à dénaturer complètement le concept»<sup>326</sup>. Sans écarter complètement cet imbroglio, la formulation anglaise (*reading down*, *reading in*) paraît plus appropriée, dans la mesure où l'on n'emploie pas le terme interprétation pour désigner à la fois les formes d'interprétation et de sanction.

Que ce soit en anglais ou en français, la principale cause de la difficulté conceptuelle tient au fait que l'on ne distingue pas entre la norme (la règle de droit) et son libellé (son texte, son support matériel). Ainsi, l'on confond l'ajout au champ d'application de la règle de droit et l'ajout au texte exprimant la règle de droit. Les juges utilisent, à tort, l'expression interprétation large (ou *reading in*) pour décrire ces deux actions. Comme le suggère la professeure Pinard, il serait préférable de privilégier une approche substantielle en s'intéressant aux effets de la sanction sur la règle de droit plutôt que sur son expression matérielle. En distinguant ainsi la règle de droit et l'énoncé législatif<sup>327</sup>, l'on peut alors préciser si le problème constitutionnel peut se résoudre en étendant ou limitant

---

325. [2004] 1 R.C.S. 76.

326. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 433.

327. Sur la distinction entre la règle et l'énoncé, fondamentale en interprétation juridique, voir notamment : Riccardo Guastini, «Interprétation et description des normes» dans Paul Amselek, dir., *Interprétation et Droit*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 1995, 89; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 314.

la portée de la règle de droit incompatible avec la *Charte*. Une fois l'incompatibilité déterminée en fonction de la règle de droit, il suffit d'établir les sanctions possibles :

La déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple, l'élargissement ou la limitation de la portée de la règle de droit sont des sanctions d'inconstitutionnalité disponibles, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en cas de violation de droits et libertés constitutionnellement garantis<sup>328</sup>.

Enfin, il s'agit de choisir la sanction appropriée, selon des critères qui ne sont pas que méthodologiques :

La discussion des critères de choix implique la prise en compte de considérations théoriques sur les fondements de la démocratie parlementaire, sur les rapports entre les diverses branches de l'État quant aux choix de vie en société, sur la légitimité du contrôle judiciaire, et notamment sur les paramètres légitimes qui doivent en éclairer l'exercice<sup>329</sup>. [nos soulignés]

Je reviendrai sur cette étape du choix de la sanction, mais juste auparavant, il faut préciser, au plan de la méthode, la dernière étape qu'est la mise en œuvre de la sanction. Celle-ci peut nécessiter une correction du texte qui exprime la norme, par l'ajout ou la suppression de termes par exemple. Mais il ne s'agit là que de la modalité de la mise en œuvre de la sanction.

Dans *Sharpe*, l'inclusion d'une exception par interprétation large» n'était pas la «réparation convenable», mais bien plutôt la modalité de mise en œuvre de la sanction choisie, soit la limitation de la portée trop large de la règle de droit qui créait l'infraction criminelle de possession de pornographie juvénile<sup>330</sup>.

Suivant cette reconstruction, qui insiste fortement sur la distinction entre la règle de droit et le texte – en précisant que la sanction d'inconstitutionnalité se rapporte à la règle de droit –, la cohérence conceptuelle devient possible :

---

328. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 475.

329. *Ibid.* à la p. 479.

330. *Ibid.* à la p. 482.

Si l'inconstitutionnalité d'une disposition découle de ce qu'elle exclut à tort, la mesure corrective pourra donc être le *reading in* de ce qui est fautivement exclu, et ce peu importe le style de rédaction utilisé, et même si l'exercice a éventuellement pour effet de retrancher des mots au texte de loi, plutôt que de lui en ajouter (si, par exemple, l'exclusion était expressément formulée). De la même façon, lorsque l'inclusion fautive est la cause de l'inconstitutionnalité, il pourra s'agir d'un cas de *reading down*, même si l'effet concret de la mesure est d'ajouter des mots au texte de loi contesté (par exemple, l'ajout de conditions ou d'exceptions qui auront pour effet de limiter le champ d'application de la règle de droit).<sup>331</sup>

### ***Le choix de la sanction, le dialogue et le système juridique***

Revenons à l'étape précédente, le choix de la sanction et les critères théoriques sur les fondements de la démocratie et de la séparation des pouvoirs devant guider ce choix. Comme l'affirme Pinard, dans le choix de la sanction, surgit à nouveau la question de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité, dont les traces sont bien sûr évidentes dans la jurisprudence de la Cour suprême. Qu'il suffise de comparer les opinions des juges Iacobucci et Major dans l'affaire *Vriend* pour s'en convaincre et pour mesurer à quel point les différences quant aux conceptions du contrôle judiciaire et au rôle des tribunaux à l'égard du législateur sont déterminantes dans le choix de la sanction.

D'abord, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, procède à l'interprétation élargie. La détermination de cette sanction est toutefois précédée d'une introduction sur «*la relation entre le législateur et les tribunaux sous le régime de la Charte*», où le juge fait état des justifications de la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité<sup>332</sup>. Il rappelle par la suite les «*Principes applicables en matière de mesures correctives*» :

Dans l'arrêt *Schachter*, le juge en chef Lamer a fait remarquer que les tribunaux, lorsqu'ils examinent s'il convient d'adopter une interprétation large, doivent tenir compte des «deux principes directeurs» que j'ai précédemment abordés de façon générale, savoir

---

331. *Ibid.* à la p. 452.

332. En partie déjà citée, voir *supra* note 12.

le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la Charte. Relativement au rôle du législateur, le juge en chef Lamer a affirmé, à la p. 700, que l'interprétation large est un moyen important d'«empêcher un empiètement injustifié sur le domaine législatif. [. . .] [L]'objet de l'interprétation large est d'être aussi fidèle que possible, dans le cadre des exigences de la Constitution, au texte législatif adopté par le législateur». [...]

Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, que le tribunal choisisse d'avoir recours à l'interprétation large ou d'annuler la loi, il y a nécessairement une certaine ingérence dans l'intention du législateur. Par conséquent, la solution qui respecte le plus l'intention du législateur est celle qui consiste à se demander ce que le législateur aurait vraisemblablement fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles. De mon point de vue, le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adopté sans eux.<sup>333</sup>

Puis, le juge Major, qui aurait plutôt suspendu la déclaration d'invalidité pour une période d'un an, écrit :

À mon avis, l'analyse faite dans l'arrêt Schachter en ce qui concerne l'interprétation large ne s'impose pas en l'espèce. [...] À mon avis, la Cour, dans l'arrêt Schachter, n'avait pas envisagé les circonstances de la présente affaire, soit le refus de la législature d'inclure l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, comme en fait foi très clairement le dossier. L'interprétation large peut être appropriée lorsque l'on peut supposer sans risque d'erreur que la législature elle-même aurait remédié à la nature trop limitative de la Loi en étendant le bénéfice ou la protection en question au groupe antérieurement exclu. Une telle supposition ne peut être faite dans le présent pourvoi. Il se peut que la législature préfère ne pas adopter de loi en matière de droits de la personne plutôt que d'en adopter une qui comprenne l'orientation sexuelle comme motif de distinction illicite, ou il s'agit peut-être de déterminer comment il faudrait modifier la Loi pour la rendre conforme à la Charte. Il vaut mieux laisser à la législature le

---

333. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 aux para. 148, 167.



soin de trancher cette question. Comme il a été dit dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169:

Même si les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et des droits qu'elle confère aux particuliers, il incombe à la législature d'adopter des lois qui contiennent les garanties appropriées permettant de satisfaire aux exigences de la Constitution. Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

Il existe de nombreuses façons de modifier la Loi afin de remédier à sa nature trop limitative. L'orientation sexuelle pourrait être ajoutée comme motif de distinction illicite à chacune des dispositions contestées. La législature pourrait alors décider de définir l'expression «orientation sexuelle», ou encore poser des limites constitutionnelles à la portée de la protection qu'accorde la Loi. Par ailleurs, la législature pourrait décider de protéger les dispositions qui portent atteinte à la Charte, en invoquant l'art. 33, lequel permet au Parlement ou à la législature d'une province d'adopter une loi qui aura effet indépendamment des droits garantis aux art. 2 et 7 à 15 de la Charte. Vu qu'elle persiste dans son refus d'accorder une protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la législature pourrait décider d'invoquer l'art. 33. De toute façon, il incombe à la législature, dont les membres ont été élus, de trancher cette question. En effet, ces derniers sont responsables devant l'électorat de la province et c'est à eux de choisir quelle voie prendre, qu'ils décident de modifier la loi ou encore d'invoquer la disposition de dérogation. Leur décision sera ensuite évaluée par les électeurs.

La responsabilité d'adopter des dispositions législatives qui s'harmonisent avec les droits garantis par la Charte incombe à la législature. Sauf dans les cas les plus manifestes, les tribunaux ne devraient pas imposer la façon dont une disposition de nature trop limitative doit être modifiée. Il va de soi que les tribunaux ont un rôle à jouer dans la protection des droits garantis par la Charte, rôle qui consiste à déterminer si les dispositions législatives adoptées par la législature sont valides sur le plan constitutionnel. Cependant, ils doivent faire preuve de retenue et respecter le rôle de la législature lorsqu'il existe plusieurs façons de modifier une disposition législative inconstitutionnelle.

Étant donné que la législature refuse manifestement d'inclure l'orientation sexuelle dans la Loi, je conclus que la présente affaire ne se prête pas à l'application de l'interprétation large.<sup>334</sup>

Tel qu'il appert à la lecture de ces opinions, le choix de la sanction appropriée soulève des questions importantes quant aux fondements théoriques de la démocratie, de la séparation des pouvoirs et de la fonction de juger. «Joue maintenant à cet égard un rôle important cette théorie, fort à la mode, du dialogue entre les tribunaux et les parlements en matière de respect des exigences de la Charte canadienne des droits et libertés»<sup>335</sup>. Je voudrais maintenant faire quelques commentaires dans cette perspective puisque, parmi les paradigmes légitimateurs du contrôle judiciaire de constitutionnalité, l'un des plus importants situe l'action légitime du juge constitutionnel dans le cadre d'un débat public plus large. Cette compréhension de la fonction de juger doit permettre d'évaluer l'approche de la Cour suprême en matière d'ordonnances judiciaires.

La question des ordonnances judiciaires s'avère l'un des principaux domaines où se joue le problème de la légitimité du juge constitutionnel. En conséquence, toute proposition quant au rôle et au pouvoir des tribunaux à ce sujet, parce qu'elle soulève le débat sur la légitimité, doit tenir compte de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire. Dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, la juge Deschamps, dissidente, reconnaît expressément que la Cour «doit tenir compte du principe de la juste répartition institutionnelle des responsabilités entre les tribunaux et les législatures»<sup>336</sup>.

Dans l'affaire *Vriend*, la Cour suprême retient la métaphore du dialogue comme justification de son contrôle de constitutionnalité alors qu'elle opte pour l'interprétation large comme réparation appropriée. Qui plus est, la métaphore du dialogue survient dans la partie du jugement intitulée «Réparation». Il convient de préciser que selon la théorie du dialogue de Hogg et Bushell, qui sert de fondement à la Cour suprême, les situations d'interprétation large sont

---

334. *Ibid.* aux para. 194-199 (j. Major).

335. D. Pinard, *supra* note 321 à la p. 479.

336. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, *supra* note 207 au para. 242.

exclues de leur théorie du dialogue, laquelle ne vise que les cas où une décision judiciaire invalidant une loi en vertu de la *Charte* est suivie d'une réponse législative<sup>337</sup>. À leur avis, la métaphore du dialogue ne pourrait s'appliquer lorsque l'interprétation large est la réparation décrétée par le tribunal.

Dans une démocratie délibérative, la décision judiciaire et son dispositif ne doivent pas mettre un terme au débat, la délibération devant en effet être continue. Une compréhension délibérative de la fonction judiciaire suggère que les juges n'aient pas le dernier mot dans le débat sur la constitutionnalité des normes juridiques. Dans *Vriend*, le juge Iacobucci reconnaît que le recours à l'interprétation large «ne met pas un terme au processus législatif puisque le législateur peut en réponse adopter une nouvelle loi» et qu'il «peut toujours invoquer l'art. 33 de la Charte, la disposition dérogatoire»<sup>338</sup>. La légitimité des juges dépend de la possibilité d'action qu'ils laissent au contre-pouvoir. Les tribunaux constituant l'un des lieux de discussion, les juges doivent, une fois qu'ils se sont prononcés, retourner le débat sur la validité devant les autres instances discursives, à moins de transformer le tribunal en forum plus large sur cette question. Le juge constitutionnel devrait confier à la sphère publique institutionnalisée et aux parties la tâche de trouver un arrangement négocié. Selon une certaine conception procédurale de la fonction de juger, le juge, une fois constatée l'inconstitutionnalité des normes juridiques eu égard aux principes de liberté, d'égalité, etc., «réinvestit lui-même les différentes parties concernées de la tâche et du pouvoir de trouver des arrangements négociés qui satisfassent à ces principes fondamentaux»<sup>339</sup>. Dans le cas du contrôle constitutionnel, ce réinvestissement signifie qu'il faut soumettre la question à la délibération au sein de l'espace public démocratique. C'est d'ailleurs cet effet qu'ont bien souvent les décisions de la Cour suprême, qu'elles aient prononcé la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des normes juridiques contestées<sup>340</sup>. L'arrêt *Corbière* constitue un bon exemple d'une sanction d'inconstitutionnalité ayant pour effet de favoriser la délibération contextuelle. En l'espèce, il s'agissait d'une

---

337. P. Hogg et A.A. Bushell, *supra* note 58 à la p. 82.

338. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 au para. 178.

339. Jacques Lenoble, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994 à la p. 114.

340. Voir par exemple la décision sur la constitutionnalité de l'article 43 du *Code criminel*, la disposition législative permettant aux parents, tuteurs ou instituteurs de faire usage d'une force raisonnable afin de corriger un enfant : *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, *supra* note 207.

déclaration d'invalidité avec effet suspendu pendant 18 mois, que la juge L'Heureux-Dubé justifie comme suit :

Il existe plusieurs façons de modifier la mesure législative en cause pour qu'elle respecte les droits à l'égalité des membres non résidents des bandes indiennes. Parce que les membres des bandes sont les plus directement touchés par le régime, la meilleure réparation sera celle qui encouragera le Parlement à consulter les Autochtones concernés ainsi qu'à recueillir leur opinion, et qui lui permettra de le faire. Le lien entre la discussion publique, la consultation et les principes de la démocratie a été réaffirmé récemment par notre Cour dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au par. 68: «le bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion». Le principe de la démocratie sous-tend la Constitution et la Charte, et il est l'un des facteurs importants guidant les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire de réparation. Il encourage l'élaboration de réparations permettant ce processus démocratique de consultation et de dialogue. Dans P. W. Hogg et A. A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The *Charter of Rights* Isn't Such A Bad Thing After All)» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75, les auteurs qualifient le contrôle judiciaire au regard de la Charte de [TRADUCTION] «dialogue» entre les tribunaux et le législateur. Les réparations accordées en vertu de la *Charte* doivent, dans les cas qui s'y prêtent, encourager et faciliter la participation à ce dialogue des groupes qui sont touchés de façon particulière par la loi en cause. Pour décider de la réparation convenable, le tribunal doit prendre en compte l'effet de son ordonnance sur le processus démocratique, pris au sens large, et encourager ce processus. Comme a fait observer le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*, précité, au par. 176:

[L]a notion de démocratie ne se limite pas à la règle de la majorité, ainsi que nous l'a si bien rappelé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité. À mon avis, la démocratie suppose que le législateur tienne compte des intérêts de la majorité comme de ceux des minorités, car ses décisions toucheront tout le monde.

Les réparations constitutionnelles doivent encourager le gouvernement à tenir compte de l'opinion des minorités et de leurs intérêts. C'est ainsi que sera le mieux affirmé le principe de la démocratie, qui a été reconnu comme principe sous-jacent de la Constitution dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, précité, et dont on a souligné

l'importance en tant que considération en matière de réparation dans les arrêts *Schachter* et *Vriend*, précités.<sup>341</sup>

Cette approche paraît conforme aux principes de la démocratie délibérative. L'approche délibérative et contextuelle semble un jalon valable pour critiquer la jurisprudence de la Cour suprême et son approche dans *Schachter* en matière d'ordonnance judiciaire sous le régime de la *Charte*, et suggérer qu'il faille s'en éloigner. D'ailleurs, l'évolution de la méthode d'analyse de l'article premier vers une démarche contextuelle montre bien les limites de la capacité institutionnelle du pouvoir judiciaire lorsqu'il s'agit d'établir un régime législatif. En d'autres termes, si la Cour suprême veut conserver la métaphore du dialogue comme paradigme de légitimation de son action constitutionnelle, elle doit modifier son approche en matière de sanctions d'inconstitutionnalité, car cette dernière paraît difficilement compatible avec la théorie de la démocratie délibérative.

À la lumière de ce qui précède, réexaminons l'affaire *Vriend*. Malgré son résultat satisfaisant aux yeux de plusieurs (à savoir l'ajout de l'orientation sexuelle comme motif illicite de discrimination) l'interprétation large s'avèrait-elle la sanction la plus susceptible de susciter une délibération publique? Le constitutionnaliste Jean Leclair répond négativement à cette question:

L'interprétation élargie limite le débat politique à l'acceptation ou au rejet, par les membres du gouvernement, du jugement de la Cour. En invalidant la loi, tout en suspendant l'effet de la déclaration, le tribunal oblige au contraire le gouvernement à porter la question devant l'assemblée législative. L'inaction ne [suffit plus, sinon toute la loi sera inconstitutionnelle à l'expiration] du délai<sup>342</sup>.

C'est pourquoi le professeur Leclair préfère «[l]'approche du juge Major, dissident sur la question de la réparation, [qui] aurait favorisé un véritable débat parlementaire»<sup>343</sup>. D'ailleurs, selon Leclair, «les tribunaux devraient, autant que possible, se contenter d'invalidier les lois (en suspendant si nécessaire la

---

341. *Corbière c. Canada*, *supra* note 319 aux para. 116-117.

342. J. Leclair, *supra* note 61 à la p. 405. Une erreur de reproduction a amputé la partie de la phrase entre crochets, qui est ici reproduite à partir d'une version préliminaire du texte que l'auteur avait eu la gentillesse de me faire lire.

343. *Ibid.* à la p. 405.

déclaration d'invalidité)»<sup>344</sup>. Une telle approche fondée sur l'idée de dialogue s'apparenterait à la procédure de déclaration d'incompatibilité adoptée par le Parlement britannique dans le *Human Rights Act 1998*<sup>345</sup>. Devant effectuer la difficile réconciliation entre la protection des droits et libertés et le respect de la tradition constitutionnelle et son sacro-saint principe de la souveraineté du Parlement, cette loi permet au tribunal d'émettre une déclaration d'incompatibilité s'il est d'avis que la disposition législative est incompatible avec l'un des droits protégés<sup>346</sup>. La disposition n'est pas alors invalidée ; elle n'est qu'incompatible et pourra être corrigée par le législateur, au besoin par une procédure législative accélérée<sup>347</sup>.

Il est intéressant de noter que, dans l'opinion majoritaire du juge Iacobucci, l'interprétation large semble être la sanction d'inconstitutionnalité appropriée non pas tant en raison de l'idée du dialogue que d'une autre théorie de la justification de la légitimité démocratique du contrôle judiciaire de constitutionnalité. En effet, le juge Iacobucci réfère plutôt à la théorie d'Ely du renforcement du processus démocratique<sup>348</sup> afin de justifier une telle intervention du pouvoir judiciaire :

[s]i le législateur néglige de prendre en considération les intérêts d'une minorité, en particulier si cette minorité a été historiquement victime de préjugés et de discrimination, j'estime que le pouvoir judiciaire est justifié d'intervenir et de rectifier le processus démocratique faussé<sup>349</sup>.

Les sanctions d'inconstitutionnalité, et en particulier l'interprétation large, peuvent également être analysées à partir d'une conception systémique du contrôle de constitutionnalité. À cet égard, il importe surtout que la sanction d'inconstitutionnalité permette l'autoreproduction du droit. En ce sens, lorsqu'il détermine lui-même le nouveau droit, le juge constitutionnel contribue à ce

---

344. *Ibid.* à la p. 417. Jean-Yves Bernard et Caroline Beauchamp (Bernard et Beauchamp *supra* note 277 aux pp. 623-627) considèrent également que les tribunaux devraient limiter le recours à l'interprétation large afin de favoriser le dialogue entre le juge et le législateur.

345. (R.-U.), 1998, c. 42.

346. Art. 4. (2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.

347. Art. 10 et annexe 2.

348. *Vriend c. Alberta*, *supra* note 12 aux para. 174-179.

349. *Ibid.* aux para. 176.

processus. Dans sa fonction, le contrôle de constitutionnalité permet au droit de se renouveler, de se redéfinir de l'intérieur, de s'auto-crée : ce sont les normes juridiques de la *Charte* qui permettent la production de nouvelles règles juridiques. Le contrôle judiciaire de constitutionnalité est alors un mécanisme interne du système juridique servant à son autoreproduction. Évidemment, s'il optait pour une déclaration d'invalidité avec effet suspendu, le juge constitutionnel permettrait également au droit de se redéfinir, au contact du système politique.

### **Conclusion**

Dans sa jurisprudence sous le régime de la *Charte*, la Cour suprême du Canada a fait appel à différentes théories et justifications pour légitimer son action constitutionnelle. Si elle a tenté au départ de s'en remettre au mandat explicite que lui donne la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment à son paragraphe 52(1), la Cour a toutefois distingué par la suite la légalité de la légitimité. Dans la mesure où elle ne fait plus découler la seconde de la première, elle s'en est remise à des théories et des justifications diverses afin de légitimer son action constitutionnelle. Parmi celles-ci, la théorie du dialogue interinstitutionnel, entre les législateurs et les tribunaux, figure au premier rang. Prenant une forme tout autant systémique que délibérative, cette théorie du dialogue ne parvient pas à faire taire la controverse sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité.

C'est pour cette raison que cette question continue de se manifester dans les décisions de la Cour suprême. Dans l'évolution de sa politique judiciaire, la Cour assouplit les différentes règles de manière à faciliter le recours aux tribunaux. Sur les traces du débat sur la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité dans l'interprétation des droits et libertés, j'ai trouvé une Cour suprême à la recherche d'une méthode, qu'elle prétend avoir récemment dénichée du côté de la méthode contextuelle. Cependant, cette appréciation du contexte pose certains problèmes. De la même manière, sous l'article premier de la *Charte*, la Cour a élaboré un test qui conduit à différentes normes de contrôle judiciaire. La détermination de la norme appropriée se fonde sur l'évaluation de la légitimité de l'intervention judiciaire en l'espèce. Enfin, la même interrogation s'avère pertinente au moment de choisir la sanction d'inconstitutionnalité. Ici encore, la réponse dépend du choix entre la retenue et l'activisme judiciaires. Telles qu'elles sont conçues, ces positions de retenue et d'activisme reposent sur

des fondements philosophiques et théoriques insatisfaisants. Bien plus, elles ignorent les développements au niveau de l'épistémologie et de la théorie du droit. C'est sans doute pour cette raison que les juges constitutionnels canadiens continuent, par exemple en vertu du raisonnement sous l'article premier, d'adopter soit le critère du rationnel développé dans l'affaire *Oakes*<sup>350</sup>, soit le critère atténué du raisonnable élaboré dans l'affaire *Edwards Books*<sup>351</sup>.

Pour sortir de cette antinomie, l'option procédurale offre deux pistes, qui peuvent en partie être combinées. La première voie, issue du modèle de la démocratie délibérative, permet de repenser, sur la base d'une redéfinition de ces notions de rationalité et de raison, la nécessaire procéduralisation du contrôle judiciaire. Le juge doit alors contrôler la rationalité discursive invoquée à l'appui de la validité des normes juridiques, en convoquant les parties concernées pour reconstruire le contexte et, au besoin, le modifier afin d'agir sur les situations de conflit. Selon la seconde option, systémique celle-là, c'est à l'étude de la fonction du contrôle judiciaire dans un système juridique qu'il faut s'attacher. Dans cette perspective plus descriptive que normative, toutes les traces d'activisme et de retenue judiciaires peuvent être comprises comme l'exercice d'un processus de différenciation fonctionnelle. En précisant les limites d'une action judiciaire par rapport à une action législative ou gouvernementale, les juges ne chercheraient alors qu'à délimiter les frontières du système juridique par rapport aux autres sous-systèmes de la société (système politique, système de la morale, etc.). Dans la mesure où la retenue et l'activisme servent ainsi à assurer la différenciation du système juridique par rapport au système politique, il s'agit alors de préciser comment justifier les approches judiciaires de la retenue et de l'activisme<sup>352</sup>. Même si le système juridique est ouvert cognitivement à son environnement, il demeure que ses opérations doivent être juridiques pour assurer la fermeture normative du système. C'est donc à cette tâche que se consacrent constamment les juges : les informations provenant des systèmes politique, moral, économique, social, etc., sont traitées et régulées par des règles propres au système juridique. Selon une approche systémique, le

---

350. *R. c. Oakes*, *supra* note 44.

351. *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra* note 114.

352. Voir en ce sens Luc B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement rationnel» (1999) 44 R.D. McGill 39 et Luc B. Tremblay, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement légitime» (2002) 47 R.D. McGill 271.



contrôle de constitutionnalité sert de courroie de transmission dans l'institutionnalisation de la critique, processus discursif caractéristique d'un régime démocratique<sup>353</sup>. Cette conception nous éloigne de la recherche d'une légitimité de la justice constitutionnelle dans la perspective de la représentation ou de la démocratie représentative, bien que cela soit encore parfois discuté, paradoxalement.

Évidemment, s'agissant du contrôle de constitutionnalité, c'est principalement la frontière entre le système politique et le système juridique qui est en cause. Selon Luhmann, le couplage structurel entre ces deux systèmes s'effectue par la Constitution, qui les sépare et les relie à la fois<sup>354</sup>. Ni entièrement politique ni entièrement juridique, mais politique et juridique à la fois, le contrôle de constitutionnalité participe au couplage structurel entre les deux sous-systèmes. Un simple rappel de quelques-uns des plus célèbres avis consultatifs de la Cour suprême du Canada suffit pour s'en convaincre<sup>355</sup>. En ce sens, que les juges se situent constamment autour de cette question, comme il a été démontré dans ce texte, n'est guère surprenant. Lorsqu'ils se demandent continuellement s'il faut faire preuve de retenue ou d'activisme, les juges s'interrogent : s'agit-il d'une question qui appartient au système politique ou peut-elle être réglée par le système juridique? Ils procèdent du même coup à la différenciation fonctionnelle du système judiciaire. Et si la difficulté provenait du fait que les tribunaux se trouvent dans le système juridique alors que le contrôle de constitutionnalité les situe dans l'opération de couplage structurel? Faudrait-il alors créer un mécanisme, c'est-à-dire une institution, une cour constitutionnelle par exemple, pour régir spécifiquement ce lien entre le système politique et le système juridique?

Analyser le contrôle de constitutionnalité comme l'un des éléments opérant le couplage structurel du système juridique et du système politique permet de dépasser les termes habituels du débat sur la légitimité de la justice constitutionnelle. L'erreur consisterait peut-être à vouloir accorder au contrôle

- 
353. Lukas K. Sosoe, «Éloge de la colonisation?» dans Pierre Laberge, Guy Lafrance et Denis Dumas, dir., *L'année 1795 – Kant. Essai sur la paix*, Paris, Vrin, 1997, 264 aux pp. 270-273.
354. Niklas Luhmann, «Operational Closure and Structural Coupling : The Differentiation of the Legal System» (1992) 13 *Cardozo Law Review* 1419.
355. *Renvoi : résolution pour modifier la Constitution*, supra note 13; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, supra note 5.

de constitutionnalité une signification purement juridique, ce que tentent certains juges, ou une activité purement politique, comme le prétendent notamment les *Critical Legal Studies* et leurs héritiers. D'ailleurs, cette dernière position est «le meilleur moyen de ruiner l'autorité du juge constitutionnel car, en tant que «pouvoir politique», il n'a pas de légitimité. Il ne repose pas, en effet, sur l'élection, du moins directement et il n'est pas responsable devant personne»<sup>356</sup>. En fait, la tâche de contrôler ultimement la constitutionnalité a été accordée ici à un organe judiciaire, alors que la fonction se situe à la frontière du système juridique et du système politique. En conséquence, ou bien l'on accepte cette réalité, en analysant la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité à l'intérieur du système juridique, ou bien l'on crée un conseil constitutionnel (ou une cour constitutionnelle) qui ne soit pas formé uniquement de juristes et qui favorise la discussion élargie des questions relatives aux droits et libertés. Entre-temps, les juges doivent traiter les questions qui leur sont soumises à l'aide des normes du système juridique, comme l'exige la clôture normative du système juridique.

La constitutionnalisation des droits et libertés et le contrôle judiciaire de constitutionnalité permettent l'autoréférence du système juridique. C'est-à-dire que l'obligation qu'ont les normes juridiques, dont l'interprétation est évolutive, de respecter la *Charte*, à défaut de quoi elles sont invalidées, assure l'autoreproduction du droit : les lois, par exemple, sont révisées et le contrôle de constitutionnalité participe à ce processus autopoïétique (le système juridique produisant lui-même les éléments, en l'espèce les normes, qui le constituent à travers le réseau fermé de ces mêmes éléments)<sup>357</sup>. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité permet au droit d'être un système autoréférentiel.

Par conséquent, la constitution est cette forme par laquelle le système du droit réagit à sa propre autonomie. La constitution doit, en d'autres termes, se substituer à ces états externes qu'avait postulés le droit naturel. Elle se substitue aussi bien au droit naturel selon son ancienne compréhension cosmologique, qu'au droit rationnel avec son concentré théorético-transcendental de l'autoréférence dans la raison se traduisant elle-même devant son propre tribunal. Un texte en partie

---

356. L. Favoreu, *supra* note 293 à la p. 382.

357. J'ai repris ici, en l'adaptant, la définition fournie par Niklas Luhmann, *Politique et complexité*, Paris, Cerf, 1999 à la p. 52.

autologique en prend la place. Ce qui signifie que la constitution clôt le système du droit en le réglementant comme un domaine dans lequel elle-même réapparaît. C'est par sa réintroduction dans ce système qu'elle constitue le système du droit comme système clos.<sup>358</sup>

Dans cette perspective, c'est le thème de la légitimité qui doit être repensé, reformulé, sinon dépassé. Il en va de même pour la légitimation, en l'absence de tout étalon extérieur au système juridique. Alors que la question du fondement légitime de la justice constitutionnelle paraît ne plus avoir de sens, c'est à l'examen de la fonction du contrôle judiciaire de constitutionnalité qu'il faut se consacrer. Par exemple, dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*<sup>359</sup>, où la question en litige était au sommet de la frontière entre le système politique et le système juridique, la Cour suprême avait bien compris que l'un des enjeux fondamentaux consistait à assurer sa propre légitimité<sup>360</sup>. Cette question est omniprésente dans les jugements de la Cour suprême et il peut difficilement en être autrement.

---

358. Niklas Luhmann, «La Constitution comme acquis évolutionnaire» (1995) 22 *Droits* 103, 113.

359. *Supra* note 5.

360. Andrée Lajoie, «La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la sécession du Québec» (2000) 19 *Politique et Sociétés* 31; Andrée Lajoie, «L'avis de la Cour suprême dans le renvoi relatif à la sécession du Québec : le plus haut tribunal du pays a avant tout cherché à conforter l'État canadien et à y assurer sa propre légitimité», *Le Devoir* (9 octobre 1998) A7.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET L'IMPRÉCISION : QUAND  
L'AVERTISSEMENT RAISONNABLE DEVIENT SYMBOLIQUE

**Auteur(s) :** Catherine DUMAIS

**Revue :** RDUS, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 289-307

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11877>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11877>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET L'IMPRÉCISION : QUAND L'AVERTISSEMENT RAISONNABLE DEVIENT SYMBOLIQUE**

par Catherine DUMAIS\*

*Il est reconnu en droit canadien qu'une disposition imprécise, au point de ne pas tracer une sphère de risque permettant un débat judiciaire, peut être invalidée puisqu'elle contrevient ainsi à la Charte canadienne des droits et libertés. Dans ce contexte, à quelle considération a droit le citoyen dans sa compréhension de dispositions pénales souvent obscures?*

*Dans cet article, l'auteure examine la théorie de l'imprécision tel qu'elle est actuellement appliquée par les tribunaux canadiens, dans le contexte des dispositions criminelles et pénales. Par la suite, une analyse critique de cette théorie s'articule en trois axes principaux : la position précaire du citoyen, la situation privilégiée du législateur et la mise en péril de la séparation des pouvoirs. Enfin, l'auteure propose une norme plus respectueuse du citoyen : l'intelligibilité civile.*

---

*The proposition that a law can be unconstitutional under the Canadian Charter of Rights and Freedoms due to vagueness if it is so lacking in precision that it does not provide sufficient guidance for legal debate, is a recognized principle in Canadian law. In this context, to what extent should a certain indulgence be afforded citizens in comprehending criminal law provisions that are often unclear?*

*In this article, the writer examines the theory of vagueness in relation to criminal and penal laws as it is currently applied by Canadian courts. A critical analysis of this theory is then presented in reference to three aspects of the question: the vulnerability of the citizen, the privileged situation of parliamentarians and the imperilment of the separation of powers. The writer concludes by proposing a standard which is more respectful of the citizen: the intelligibility of legislation from a layperson's point of view.*

---

\*, Bachelière en droit de l'Université de Sherbrooke en 2005.

## SOMMAIRE

<b>1.</b>	<b>La théorie actuelle – l'intelligibilité judiciaire</b>	<b>293</b>
<b>2.</b>	<b>Analyse critique de la norme de l'intelligibilité judiciaire</b>	<b>296</b>
2.1.	Une norme plaçant le justiciable dans une position précaire	296
2.2.	Une norme favorisant le législateur	299
2.3.	La mise en péril du principe de la séparation des pouvoirs	301
<b>3.</b>	<b>Une norme plus respectueuse du justiciable : l'intelligibilité civile</b>	<b>303</b>
	<b>Conclusion</b>	<b>307</b>

La Cour suprême du Canada, dans le récent arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*<sup>1</sup>, s'est à nouveau penchée sur la question de l'imprécision en matière constitutionnelle<sup>2</sup>. À notre avis, cette importante décision confirme le recul de la notion d'avertissement raisonnable au justiciable en matière d'imprécision. Un exemple concret est utile afin d'illustrer notre argument.

Prenons Diane, mère d'une petite fille de 18 mois prénommée Stéphanie. Diane est une bonne mère de famille et Stéphanie, comme tous les enfants de son âge, adore les petits biscuits au chocolat. Menée par sa gourmandise, Stéphanie s'empare tous les soirs avant le souper d'une jarre à biscuits pourtant bien cachée. Après de nombreuses mais vaines réprimandes verbales à ce sujet, Diane estime qu'une légère correction physique s'impose. Consciente qu'il pourrait y avoir des sanctions criminelles rattachées à la correction physique d'un enfant, elle fouille sur Internet et découvre une copie du *Code criminel*. Elle se dit que c'est certainement ce qu'il lui faut et prend connaissance de l'article 43 traitant de la correction physique:

**43.** Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Diane se dit que cette disposition signifie que la correction doit être proportionnelle au comportement de l'enfant. Elle pense également que la correction doit être raisonnable dans l'absolu et donc, qu'elle ne doit pas causer de lésions corporelles à l'enfant. Analysant de toutes les façons possibles cette disposition, elle en vient à la conclusion qu'une tape sur la cuisse de Stéphanie devrait suffire à lui faire comprendre que son comportement est inacceptable, tout en respectant la limite édictée à l'article 43 du *Code criminel*.

- 
1. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76 [*Canadian Youth Foundation*].
  2. Pour un exposé complet de la théorie de l'imprécision, voir Marc Ribeiro, «Le problème constitutionnel de l'imprécision des lois», (1998) 32 R.J.T. 663 [Ribeiro, «La problème constitutionnel»].



Malheureusement pour Diane, elle peut être accusée de voies de fait sur son enfant bien qu'elle ait fait preuve d'une diligence irréprochable dans les circonstances. En effet, la Cour suprême a établi, dans l'arrêt *Canadian Youth Foundation*, une série de critères délimitant l'expression «raisonnable dans les circonstances» utilisée à l'article 43 du *Code criminel*. L'un de ces critères est à l'effet que l'enfant corrigé doit être âgé de plus de deux ans, ce qui n'est pas le cas de Stéphanie. L'extrait suivant de l'arrêt Canadien Youth Foundation résume la position de la Cour :

Prises ensemble, ces considérations permettent de dégager de l'expression «raisonnable dans les circonstances» un sens fondamental solide qui est suffisant pour délimiter une sphère à l'intérieur de laquelle la correction infligée risque de donner lieu à des sanctions pénales. De façon générale, l'art. 43 ne soustrait aux sanctions pénales que l'emploi d'une force légère -- ayant un effet transitoire et insignifiant -- pour infliger une correction. Les experts s'accordent actuellement pour dire que cet article ne s'applique pas au châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans ou à un adolescent. La conduite dégradante, inhumaine ou préjudiciable n'est pas protégée. La correction comportant l'utilisation d'un objet ou encore des gifles ou des coups à la tête est déraisonnable. Les enseignants peuvent employer une force raisonnable pour expulser un enfant de la classe ou pour assurer le respect des directives, mais pas simplement pour infliger un châtiment corporel à un enfant. Si on ajoute à cela l'exigence que la conduite vise à infliger une correction, ce qui exclut la conduite résultant de la frustration, de l'emportement ou du tempérament violent du gardien, il se dessine une image uniforme du champ d'application de l'art. 43. Les responsables de l'application de la loi ou les juges ont tort d'appliquer leur propre perception subjective de ce qui est «raisonnable dans les circonstances»; le critère applicable est objectif. La question doit être examinée en fonction du contexte et de toutes les circonstances de l'affaire. La gravité de l'événement déclencheur n'est pas pertinente.<sup>3</sup>

---

3. *Canadian Youth Foundation*, *supra* note 1 au para. 40.

Les juges majoritaires de la Cour suprême ont donc élaboré une série de critères précis en s'inspirant librement d'un article à la formulation pourtant laconique. Cet exemple démontre la position précaire dans laquelle se trouve le justiciable. Bien qu'il soit en tout temps tenu d'obéir à diverses dispositions législatives, le justiciable peut se retrouver dans une situation où il est incapable de s'y soumettre puisque la disposition est intrinsèquement imprécise. Que font et, surtout, que devraient faire les tribunaux dans de telles situations?

Afin de répondre à cette question, nous procéderons en trois parties. Dans un premier temps, nous exposerons la théorie de l'imprécision constitutionnelle telle qu'elle est présentement appliquée par les tribunaux canadiens. Dans un deuxième temps, nous exprimerons nos critiques et nos réserves à propos de cette théorie. Pour terminer, nous proposerons une solution au problème de l'imprécision constitutionnelle.

## **1. La théorie actuelle – l'intelligibilité judiciaire**

Bien que quelques arrêts en aient fait mention dans les années suivant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>4</sup>, la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle a été principalement mise de l'avant dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*<sup>5</sup>. La Cour suprême était alors appelée à déterminer si le terme «indûment», dans le cadre de l'article 32 (1) c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*<sup>6</sup>, était imprécis au point d'être incompatible avec l'article 7 de la *Charte*. Le juge Gonthier, après une revue de la jurisprudence de la Cour, jeta les bases de la théorie présentement appliquée. Selon le juge, la théorie de l'imprécision en matière constitutionnelle

---

4. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur la Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [*Charte*].

5. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 [*Nova Scotia Pharmaceutical*]. La Cour suprême s'est penchée sur la question à huit reprises avant d'élaborer une théorie détaillée dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*. Voir à ce sujet *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P. G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452.

6. *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23.

repose sur la primauté du droit et, plus précisément, sur les deux prémisses qui en découlent soit l'avertissement raisonnable aux justiciables et la limitation du pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi<sup>7</sup>.

Dans un premier temps, une disposition législative doit, afin d'être jugée conforme à la théorie de l'imprécision, fournir un avertissement raisonnable aux justiciables. Cet avertissement dépasse la simple exigence de la publicité formelle de la disposition<sup>8</sup>. L'avertissement doit également en être un de fond, c'est-à-dire qu'il doit viser la compréhension de la disposition et non seulement son accessibilité. Le justiciable doit être en mesure de comprendre le sens et la portée de la disposition concernée. Toutefois, la simple conscience qu'une conduite fait l'objet de restrictions légales apparaît suffisante, selon le juge Gonthier, pour remplir le fardeau imposé au législateur :

Du point de vue du fond, l'avertissement raisonnable réside donc dans la conscience subjective de l'illégalité d'une conduite, fondée sur les valeurs qui forment le substrat du texte d'incrimination et sur le rôle que joue le texte d'incrimination dans la vie de la société.<sup>9</sup>

Dans un second temps, la disposition législative doit également encadrer le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi. Le législateur ne doit pas adopter une disposition permettant aux responsables de son application de prononcer une «déclaration de culpabilité dès lors que la décision de poursuivre a été prise»<sup>10</sup>.

C'est en combinant ces deux composantes de la primauté du droit que le juge Gonthier a développé le critère de la «sphère de risque»<sup>11</sup>, critère aujourd'hui appliqué afin d'évaluer la précision d'une disposition. Pour se conformer au critère de la sphère de risque, une disposition doit fournir un cadre

---

7. *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 5 à la p. 632.

8. *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 5 à la p. 633. Notons que l'exigence de publicité formelle est présumée satisfaite, dans le cadre du droit criminel, en raison de la présence de l'article 19 du *Code criminel*. Cet article impose, en effet, une présomption de connaissance et de compréhension de la loi.

9. *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 5 à la p. 634.

10. *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 5 à la p. 636.

11. *Nova Scotia Pharmaceutical*, *supra* note 5 à la p. 639.

permettant au justiciable d'établir ce qui est visé par la disposition et dans quelle mesure. Ce cadre doit être formé de limites permettant de fonder un débat judiciaire et conséquemment de limiter le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi<sup>12</sup>.

Dans l'arrêt *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*<sup>13</sup>, le juge Gonthier est ensuite venu préciser certaines des composantes de sa théorie :

Pour pouvoir dire s'il y a possibilité d'un débat judiciaire, le tribunal doit d'abord entreprendre le processus d'interprétation qui est inhérent au «rôle de médiateur» du pouvoir judiciaire (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 641). La question de l'imprécision ne doit pas être examinée dans l'abstrait, mais plutôt être appréciée dans un contexte interprétatif plus large élaboré dans le cadre d'une analyse de certains aspects tels que l'objectif, le contenu et la nature de la disposition attaquée, les valeurs sociales en jeu, les dispositions législatives connexes et les interprétations judiciaires antérieures de la disposition. C'est uniquement après s'être acquitté intégralement de son rôle d'interprétation qu'un tribunal est en mesure de déterminer si la disposition attaquée fournit un guide suffisant pour un débat judiciaire<sup>14</sup>. [nous soulignons]

Puisque la notion d'intelligibilité au regard des agents du système judiciaire est celle qui est au cœur de l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, nous référerons au critère d'imprécision développé par le juge Gonthier comme étant le critère de «l'intelligibilité judiciaire».

---

12. *Nova Scotia Pharmaceutical*, supra note 5 aux pp. 638-639.

13. *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031 [*Canadien Pacifique*].

14. *Ibid.*, au para. 47.

## 2. Analyse critique de la norme de l'intelligibilité judiciaire

Bien qu'il fasse référence à la compréhension de la disposition par le justiciable dans l'exposé de sa théorie, le juge Gonthier n'a pas, à notre avis, pleinement traduit cette préoccupation dans le test permettant de décider si une disposition délimite une sphère de risque. En effet, ce test consiste à déterminer si la disposition est assez précise pour constituer un guide permettant de fonder un débat judiciaire<sup>15</sup>. Cette position nous amène à formuler une critique s'articulant selon trois axes, soit la situation précaire dans laquelle se trouve le justiciable, la situation privilégiée du législateur et la mise en péril du principe de la séparation des pouvoirs.

### 2.1. Une norme plaçant le justiciable dans une position précaire

Le juge Gonthier souligne à juste titre que l'article 19 du *Code criminel*<sup>16</sup> a pour effet de libérer le législateur de son obligation d'avertissement formel au justiciable<sup>17</sup>. La présomption mise en place par l'article 19 est cependant beaucoup plus large. En effet, la codification de la maxime voulant que nul n'est censé ignorer la loi entraîne une présomption de connaissance complète de la disposition au niveau du fond. Dans le contexte d'une disposition floue, les justiciables sont ainsi présumés connaître le texte de la loi et son interprétation par les tribunaux, interprétation dégagée à l'aide de toutes les méthodes d'interprétation juridique. Le juge Gonthier semble en accord avec cette proposition puisqu'il soutient que ce n'est qu'une fois toutes les méthodes d'interprétation épuisées qu'un tribunal pourra décider qu'une disposition est d'une imprécision constitutionnelle<sup>18</sup>.

Cette prise de position nous force à conclure à l'inégalité des forces lors de l'interprétation des lois. Manifestement, le justiciable ne possède pas les mêmes atouts qu'un juge dans l'interprétation des lois.

---

15. *Nova Scotia Pharmaceutical*, supra note 5 à la p. 643.

16. L'article 19 du *Code criminel* est ainsi rédigé : l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

17. *Nova Scotia Pharmaceutical*, supra note 5 à la p. 633.

18. *Canadien Pacifique*, supra note 13.

Premièrement, le justiciable ne bénéficie pas de connaissances poussées sur les différentes méthodes d'interprétation des lois. Plusieurs méthodes d'interprétation ont obtenu l'aval des tribunaux aux cours des années. Depuis peu, les tribunaux canadiens privilégient une interprétation téléologique fondée sur l'objectif poursuivi par le législateur lors de l'adoption de la disposition<sup>19</sup>. Devant l'utilisation d'un concept aussi technique, il est difficile pour le justiciable de comprendre la portée des termes contenus dans la disposition qu'il consulte en se fiant à leur sens usuel.

Deuxièmement, le justiciable ne peut compter sur les avantages que procure le débat entre les différents avocats des parties et des intervenants à un dossier concernant le sens (ou l'absence de sens) véritable d'une disposition. Cette aide extérieure est étrangère à la réalité du justiciable. Dans le contexte d'une prise de décision rapide sur le comportement à adopter, le justiciable se base sur l'interprétation personnelle qu'il peut tirer d'une disposition. Pourtant, la vie en société exige que chaque individu évalue sa conduite et la conformité de cette dernière à la loi sur une base régulière.

À notre avis, les exigences découlant de la coexistence de la présomption de connaissance de la loi et du critère de l'intelligibilité judiciaire sont excessivement élevées. Leur application devant les tribunaux renforce notre position. Pour revenir à notre exemple de départ sur le droit de correction, il est intéressant de noter que la Cour s'est basée sur les rapports d'experts pour affirmer qu'il est nocif de corriger physiquement un enfant de moins de deux ans. Les parents auraient donc dû savoir que les experts «s'accordent actuellement pour dire que cet article ne s'applique pas au châtiment corporel infligé à un enfant de moins de deux ans»<sup>20</sup>. Imposer aux justiciables qu'ils prévoient l'opinion des experts est irréaliste, surtout en l'absence d'un consensus sur la question comme c'était le cas dans l'affaire du droit de correction des parents.

Bien qu'une certaine généralité dans les termes d'une disposition soit souvent essentielle, nous croyons que le justiciable doit bénéficier, lui aussi, de

---

19. Pierre-André Côté, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Thémis, 1999 à la p. 7 [P.-A. Côté, *Interprétation*].

20. *Canadian Youth Foundation*, *supra* note 1 au para. 40.

la «sphère de risque» délimitée par une disposition. Dans le cas des dispositions figurant au *Code criminel*, le législateur doit être tenu de délimiter cette sphère de façon claire pour les justiciables. Ce sont eux, et non les juges, qui pourront être privés de leur liberté parce qu'ils ont été incapables d'interpréter une disposition, ou que leur interprétation n'est pas la même que celle du juge. Pour reprendre les paroles de la Cour suprême: «[n]ul n'est censé ignorer la loi. Cela étant, il incombe au législateur d'être clair dans la rédaction des lois pénales»<sup>21</sup>.

L'imposition d'une norme élevée en matière d'imprécision risque également d'entraîner un effet paralysant chez les justiciables. En effet, l'incertitude quant au contenu de la loi ou quant à son interprétation par les tribunaux peut provoquer une retenue exagérée de la part du justiciable. Dans le contexte où un justiciable doit interpréter une disposition vague à ses yeux, il sera tenté de ne pas entreprendre l'activité circonscrite par cette disposition de peur de commettre une infraction par inadvertance. «L'expérience démontre que, dans l'incertitude, les individus préféreront souvent autocensurer leur conduite plutôt que de courir le risque d'être punis pour leurs gestes»<sup>22</sup>. Pour revenir à notre exemple du droit de correction, un parent sera vraisemblablement tenté de ne pas administrer une correction physique de peur que son geste ne soit pas considéré comme étant raisonnable dans les circonstances. Il est clair qu'il n'était pas dans l'intention du législateur d'interdire complètement la correction physique. Si tel avait été le cas, l'article 43 serait absent du *Code criminel*.

En résumé, le justiciable se trouve dans une situation précaire lorsqu'il est appelé à interpréter des dispositions législatives. En plus d'être moins bien outillé qu'un juge, il ne dispose pas de la même période de réflexion et du même recul que celui-ci. Soumis à des exigences élevées, le justiciable risque fort de se restreindre au-delà de ce qui est interdit par la loi de peur d'être condamné pour une infraction qu'il ne croyait pas commettre. De plus, il pourra lui paraître injuste que l'on soit plus exigeant à son égard que l'on peut l'être envers le législateur. À notre avis, il faut se garder de passer d'un texte de loi visant la

---

21. *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398.

22. Ribeiro, «Le problème constitutionnel», *supra* note 2 à la p. 724.

personne d'une intelligence moyenne à une théorie basée sur la norme du juriste d'une diligence exceptionnelle<sup>23</sup>.

## 2.2. *Une norme favorisant le législateur*

En matière d'imprécision, les exigences ne sont pas également réparties. Au regard de la jurisprudence qui a suivi le jugement dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, une constatation s'impose : la norme de l'intelligibilité judiciaire favorise clairement le législateur. L'auteur Don Stuart souligne d'ailleurs le manque de mordant de la norme de l'intelligibilité judiciaire: «[a] review of this complex analysis of Gonthier J. leaves the unmistakable impression that the Canadian doctrine of void for vagueness has arrived with no teeth»<sup>24</sup>. Le niveau d'imprécision requis par ce test est en effet presque impossible à atteindre. À preuve, les tribunaux ont conclu à l'imprécision qu'en de très rares occasions, soit dans les affaires *R. c. Morales* et *R. c. Hall*<sup>25</sup>.

Dans *Morales*<sup>26</sup>, la Cour suprême invalida pour une première fois une partie d'une disposition pour cause d'imprécision constitutionnelle. Selon les juges majoritaires, l'expression «dans l'intérêt public» contenue à l'article 515(10)b) du *Code criminel* ne constituait pas un guide suffisant pour fonder un débat judiciaire<sup>27</sup>. Comme cet article traite de la mise en liberté des accusés dans le cadre de procédures criminelles, cette imprécision contrevient aux principes de justice fondamentale garantis à l'article 7 de la *Charte*, puisque la liberté d'une personne est en jeu. La majorité a également conclu que cette atteinte n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*<sup>28</sup>. La Cour déclara donc que les mots «dans l'intérêt public», figurant à l'article 515(10)b) du *Code criminel*, étaient désormais inopérants<sup>29</sup>.

---

23. Don Stuart, *Charter Justice in Canadian criminal law*, 3<sup>e</sup> éd., Scarborough (Ont.) Carswell, 2001 à la p. 105 [Stuart, *Charter Justice*].

24. Stuart, *Charter Justice*, *supra* note 23 à la p. 104.

25. *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309. Nous limitons notre étude aux jugements de la Cour suprême dont la question principale est l'imprécision constitutionnelle (et non la portée excessive) de la disposition concernée.

26. *R. c. Morales*, *supra* note 25.

27. *Ibid.* à la p. 732.

28. *Ibid.* Aux pp. 733-735.

29. *Ibid.* à la p. 748.



Soulignons que les juges minoritaires, dont le juge Gonthier, n'en sont pas venus à la même conclusion. Selon eux, le principal motif évoqué par les juges majoritaires, soit l'absence de sens constant ou établi pour l'expression «intérêt public»<sup>30</sup>, n'était pas fondé. À leur avis, l'application du critère de l'intérêt public relevait de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les tribunaux<sup>31</sup> et non d'une pratique laissant «une large place à l'arbitraire»<sup>32</sup>. Le juge Lamer, alors majoritaire, contrait cet argument en ces termes :

Je ne puis accepter non plus l'argument de l'intervenant le procureur général de l'Ontario selon lequel la théorie de l'imprécision ne s'applique pas à l'al. 515(10)b) parce qu'il n'autorise pas l'exercice de pratiques arbitraires par des responsables de l'application de la loi, mais n'autorise plutôt que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du tribunal. Laisser une large place à l'arbitraire ne devient pas acceptable simplement parce qu'il s'agit des caprices de juges et de juges de paix plutôt que de ceux de responsables de l'application de la loi. Il ne suffit pas de revêtir le caprice d'une toge de juge pour satisfaire aux principes de justice fondamentale.<sup>33</sup>

Cinq ans après la décision de la Cour suprême, le législateur modifia la disposition contestée. Il substitua l'expression «autre juste cause» à celle qui avait été supprimée par la Cour<sup>34</sup>. À l'unanimité, cette nouvelle expression fut jugée imprécise par le plus haut tribunal du pays dans l'arrêt *R. c. Hall*<sup>35</sup>. La Cour y affirma de nouveau l'obligation du législateur d'établir les circonstances précises où la liberté sous caution peut être refusée. L'expression «autre juste cause» ne répond donc pas au critère formulé dans *Morales* et est, par conséquent, inconstitutionnel<sup>36</sup>.

L'histoire entourant les arrêts *Morales* et *Hall* constitue, à toutes fins pratiques, le seul exemple de dialogue entre le législateur et les tribunaux en

---

30. *Ibid.* à la p. 732.

31. *Ibid.* à la p. 752.

32. *Ibid.* à la p. 732.

33. *Ibid.* à la p. 729.

34. Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, c. 18, art. 59.

35. *R. c. Hall*, *supra* note 25.

36. *Ibid.*, au para. 22.

matière d'imprécision. L'arrêt *Vriend c. Alberta*<sup>37</sup> a pourtant souligné la relation unissant ces organes gouvernementaux et l'a qualifiée de dialogue où chacun doit rendre des comptes à l'autre<sup>38</sup>. Le législateur peut donc légitimement réagir à une décision des tribunaux invalidant une loi. Tout aussi légitimement, les tribunaux pourront eux aussi réagir à la nouvelle mesure législative<sup>39</sup>. Cette relation devra être empreinte de respect, sans pour autant verser dans la conformité servile<sup>40</sup>. Cette non-conformité est vitale dans le cadre de la contestation de dispositions législatives pour cause d'imprécision. Les tribunaux doivent éviter de remplacer «le dialogue par l'abdication»<sup>41</sup>. Ils doivent plutôt alimenter ce dialogue et ne pas chercher à interpréter coûte que coûte des dispositions fondamentalement imprécises. Cela nous amène d'ailleurs à aborder l'impact de la théorie de l'imprécision sur le principe de la séparation des pouvoirs.

### 2.3. *La mise en péril du principe de la séparation des pouvoirs*

En plus d'être désavantageuse pour le justiciable, la théorie actuelle en matière d'imprécision est également problématique au niveau de la séparation des pouvoirs. En effet, les tribunaux se retrouvent dans l'obligation d'interpréter les dispositions contestées, et ce, même si elles sont on ne peut plus floues. L'exercice se révèle parfois hasardeux et ses résultats, discutables.

L'arrêt *Canadian Youth Foundation* illustre les difficultés inhérentes à l'interprétation de dispositions exagérément floues. L'interprétation des termes «correction raisonnable dans les circonstances», de l'article 43 du *Code criminel*, a posé beaucoup de difficultés par le passé. Les juges des cours de première instance et des cours d'appel ne s'entendaient pas sur le sens qu'il fallait leur redonner, donnant lieu à des décisions allant dans tous les sens<sup>42</sup>. Conformément à la théorie actuelle de l'imprécision, la Cour suprême a

---

37. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

38. *Ibid.*, au para. 139.

39. Voir les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 pour une illustration de la mise en œuvre du dialogue devant unir le législateur et les tribunaux.

40. *R. c. Mills*, *supra* note 39 au para. 55.

41. *R. c. Hall*, *supra* note 25 au para. 127.

42. Voir l'analyse effectuée par Madame la juge Arbour, dissidente, dans *Canadian Youth Foundation*, *supra* note 1 aux para. 153-170.

néanmoins tenté de définir ces termes. Ne disposant pas de bases solides sur lesquelles s'appuyer, la Cour n'y est parvenue qu'en créant de toute pièce une série de critères permettant de juger du comportement des parents<sup>43</sup>.

Ce faisant, la Cour a, selon nous, excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par la constitution canadienne. Elle est sortie du cadre de la simple interprétation de la disposition concernée. En imposant des critères qui ne peuvent logiquement pas se déduire des termes employés à l'article 43, la Cour a usurpé la fonction du législateur. Elle a donné vie à une nouvelle disposition<sup>44</sup>, contrairement à ce que prévoit l'article 9 du *Code criminel*, qui interdit la création de nouveaux crimes par voie judiciaire. En effet, les critères énoncés par les juges majoritaires élargissent le champ de la responsabilité pénale imposée aux justiciables<sup>45</sup> et il est maintenant interdit de corriger physiquement un enfant de moins de deux ans. Or cette limite ne découle pas logiquement des termes employés par le législateur. Il est donc permis de douter qu'il était dans son intention d'interdire ce comportement.

Nous soumettons qu'il appartient au législateur et non aux tribunaux de faire ce genre de changement<sup>46</sup>. Il n'appartient pas aux tribunaux de doter d'un sens et d'une portée une disposition fondamentalement imprécise : «[i]f the language is vague, the legislature should be made to tighten it up»<sup>47</sup>. Nous ne saurions assez insister sur les effets néfastes de ce genre de décision à l'égard du justiciable. La latitude que s'octroient les tribunaux lors de l'interprétation des lois crée une obligation supplémentaire pour le justiciable. En plus d'être dans l'obligation de négocier avec des dispositions floues, les justiciables doivent prévoir que les tribunaux pourraient interpréter la loi au-delà de ce qui leur est permis par la constitution. Le risque de débordement par les tribunaux est donc grand et l'effet paralysant pour le justiciable l'est tout autant.

---

43. *Ibid.*, aux para. 37-38.

44. Ribeiro, «Le problème constitutionnel», *supra* note 2 à la p. 726.

45. Judith Mosoff et Isabel Grant, «Upholding Corporal Punishment: For whose Benefit?» (2005) 31 Man. L.J. 177 à la p.189.

46. *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833 aux pp. 860-861. Le juge Lebel a par ailleurs signé une opinion dissidente marquée dans la récente affaire *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37 au para. 82 au motif qu'il ne fallait «pas perdre de vue les différentes fonctions et responsabilités constitutionnelles des tribunaux, d'une part, et du législateur, d'autre part».

47. Stuart, *Charter Justice*, *supra* note 23 à la p. 105.

### 3. Une norme plus respectueuse du justiciable : l'intelligibilité civile

Devant les critiques suscitées par l'application de la norme de l'intelligibilité judiciaire en matière constitutionnelle, l'élaboration d'une nouvelle norme s'impose. Selon nous, le critère de contrôle de l'imprécision, lorsqu'il y a délégation de pouvoir, est tout indiqué.

Appelée «intelligibilité civile» par l'auteur Gilles Pépin<sup>48</sup>, cette norme a été appliquée par la Cour suprême dans l'affaire *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*<sup>49</sup>. Sommairement, il s'agit de déterminer si la personne raisonnable visée par le règlement est en mesure de comprendre la disposition<sup>50</sup> :

Somme toute, il faut que l'imprécision atteigne un degré tel de gravité que le juge en vienne à la conclusion qu'un homme raisonnablement intelligent, suffisamment informé compte tenu le cas échéant du caractère technique du règlement, est dans l'impossibilité de déterminer le sens du règlement et de régler en conséquence sa conduite.<sup>51</sup>

[...] Chaque cas est pratiquement un cas d'espèce et il incombe aux tribunaux de déterminer à chaque fois si le sens véritable du règlement en question peut être perçu par les citoyens auxquels il s'adresse.<sup>52</sup>

Selon cette norme, l'imprécision s'évalue donc véritablement au regard du justiciable. Le test applicable est celui de la personne raisonnable visée par la disposition en cause. Cette personne doit être en mesure de comprendre la disposition et d'agir en conséquence. Évidemment, le concept de la personne raisonnable variera selon la disposition de droit administratif concernée. Par exemple, un règlement visant la réglementation de l'utilisation de certaines

---

48. Gilles Pépin, «La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision : une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle?» (1996) 56 R. du B. 643 à la p. 654.

49. *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusement Inc.* [1985] 1 R.C.S. 368 [*Arcade Amusements Inc.*].

50. Pépin, «La nullité des lois», *supra* note 48 à la p. 655.

51. *Arcade Amusement Inc.*, *supra* note 49 au para. 85. Le juge Beetz cite Gilles Pépin et Yves Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1982 à la p. 126.

52. *Arcade Amusement Inc.*, *supra* note 49 au para. 87.

méthodes chirurgicales sera analysé du point de vue du chirurgien raisonnable et non de celui de la personne raisonnable n'ayant aucune notion de médecine<sup>53</sup>. Les tribunaux devraient donc déterminer si le chirurgien raisonnable est en mesure de dégager le sens et la portée de la disposition en cause et d'ajuster son comportement en conséquence.

En droit administratif, les tribunaux se permettent donc d'être plus exigeants envers les règlements puisque ceux-ci sont issus d'une délégation de pouvoir du législateur envers un organisme administratif<sup>54</sup>. À notre avis, les tribunaux devraient être tout aussi exigeants envers le législateur lorsque les dispositions contestées sont de nature criminelle. L'importance des sanctions imposées au justiciable et la stigmatisation sociale reliée à la commission de ces infractions le commandent.

La norme de l'intelligibilité civile pourrait donc, selon nous, s'appliquer de la même façon en droit criminel qu'en droit administratif. Encore une fois, le test applicable serait celui de la personne raisonnable visée par la disposition, cette personne raisonnable pouvant être un citoyen canadien raisonnablement intelligent dans le cas de la plupart des infractions.

Certaines infractions pourraient commander une «personne raisonnable» mieux définie. Pour reprendre l'exemple du droit de correction, les tribunaux devraient alors se demander si le citoyen canadien raisonnablement intelligent et parent d'un enfant est en mesure de comprendre le sens et la portée de l'article 43 du *Code criminel*. Cette norme se voulant souple, elle devrait être appliquée avec nuance par les tribunaux.

Tout en étant convaincus que la norme de l'intelligibilité civile serait plus appropriée afin de juger de l'imprécision d'une disposition législative, nous sommes conscients que le test de l'intelligibilité judiciaire risque fort de continuer d'être appliqué par les tribunaux. Dans l'attente d'un changement de cap, nous croyons que l'ajout d'une règle d'interprétation en faveur du justiciable, lorsqu'une disposition est imprécise, est une alternative raisonnable.

---

53. Voir *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, para. 110-111.

54. Pépin, «La nullité des lois», *supra* note 48.

Nous suggérons donc subsidiairement l'utilisation d'une règle d'interprétation s'inspirant de celle prévue à l'article 1432 du *Code civil du Québec* :

**1432.** Dans le doute, le contrat s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation et contre celui qui l'a stipulée. Dans tous les cas, il s'interprète en faveur de l'adhérent ou du consommateur.

À notre avis, cette logique peut s'appliquer aux dispositions législatives adoptées par le législateur. Comme dans le cadre du contrat d'adhésion, le justiciable ne peut négocier les clauses du contrat social auquel il est partie. Il n'a d'autre choix que de suivre les obligations que lui impose le législateur. En contrepartie, le justiciable devrait donc pouvoir bénéficier des imprécisions qui se sont glissées dans une disposition.

Nous n'allons pas jusqu'à suggérer que toute disposition devrait être interprétée en faveur du justiciable. L'article 1432 du *Code civil du Québec* ne s'applique qu'à partir du moment où une disposition est ambiguë et qu'elle le demeure malgré l'utilisation des règles d'interprétation prévues aux articles 1425 à 1431<sup>55</sup>. La même règle devrait prévaloir dans le contexte de l'imprécision constitutionnelle et le justiciable ne bénéficierait du doute dû à l'imprécision que lorsque la disposition contestée serait ambiguë après l'emploi des diverses règles d'interprétation<sup>56</sup>.

Notons que cette règle d'interprétation est appliquée lors de l'interprétation des lois fiscales lorsque le recours aux règles ordinaires d'interprétation «laisse subsister un doute raisonnable»<sup>57</sup> sur le sens des dispositions contestées. L'auteur Pierre-André Côté cite à cet effet l'extrait suivant de *Great Atlantic & Pacific Tea Company Ltd. c. La Reine* :

Il est de droit élémentaire que dans le domaine de l'impôt, le contribuable n'est pas assujéti au paiement d'impôts à moins que

---

55. *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutuel Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888 aux pp. 899-901.

56. Nous sommes conscients que l'application des normes d'interprétation actuelles pourrait soulever certaines ambiguïtés. Par contre, nous croyons que l'angle d'analyse que nous proposons améliore un tant soit peu la situation du justiciable.

57. P.-A. Côté, *Interprétation*, *supra* note 19 à la p. 626.

l'opération en cause ne tombe clairement dans le champ d'imposition établi par la loi et les règlements applicables.[...] Il ne fait aucun doute que ce principe se fonde sur le simple raisonnement que le Parlement, en établissant le mécanisme qui permet de recouvrer de la collectivité le coût du gouvernement, doit avoir eu l'intention de recouvrer d'un contribuable particulier sa part de ce coût seulement lorsque la loi fiscale définit clairement cette part.<sup>58</sup>

Une règle d'interprétation en faveur du justiciable existe donc présentement dans certains domaines du droit. Nous soumettons qu'elle devrait être appliquée de façon générale lorsque, après l'utilisation des méthodes ordinaires d'interprétation, une disposition contestée demeure ambiguë. La mauvaise application d'une loi en raison de son imprécision ne comporte pas nécessairement des conséquences plus graves à l'occasion de litiges fiscaux. Au contraire, les conséquences peuvent être beaucoup plus graves dans d'autres domaines, notamment dans le cadre de dispositions de droit criminel où cette règle d'interprétation a pourtant été abandonnée<sup>59</sup>.

Conséquemment, nous croyons que les dispositions soulevant un «doute raisonnable et non dissipé par les règles ordinaires d'interprétation»<sup>60</sup> devraient entraîner la recours à une règle d'interprétation en faveur du justiciable. Cette présomption permettrait effectivement aux tribunaux de trancher en faveur du justiciable et il serait alors loisible au législateur de réagir à cette prise de position. Le principe de la séparation des pouvoirs n'en serait que mieux servi.

## **Conclusion**

En résumé, nous sommes d'avis que la norme de l'intelligibilité judiciaire telle qu'elle est présentement appliquée par les tribunaux ne tient pas suffisamment compte de la situation du justiciable. Étant le premier visé et étant obligé de s'y conformer, celui-ci devrait être au cœur même de l'évaluation du

---

58. *Great Atlantic & Pacific Tea Company Ltd. c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 670 aux pp. 681, 682.

59. *R. c. Hasselwander*, *supra* note 21.

60. *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3 au para. 25 (juge Gonthier).

degré d'imprécision d'une disposition législative. Les tribunaux y gagneraient en indépendance envers le législateur et respecteraient ainsi le principe de la séparation des pouvoirs.

Nous sommes conscients que le langage possède une texture ouverte et que son utilisation donne lieu à des zones grises. Le législateur ne peut tout prévoir et il n'est pas souhaitable qu'il tente de le faire. Une certaine marge doit donc être laissée au législateur. Cependant, le justiciable n'a pas à payer le prix des imperfections du langage. De plus, les tribunaux doivent conserver leur rôle de protecteur de la Constitution canadienne qui leur confie le pouvoir de ramener le législateur à l'ordre lorsqu'une disposition est trop imprécise. La Cour suprême a omis d'exercer ce pouvoir dans l'arrêt *Canadian Youth Foundation*. Espérons qu'à la prochaine occasion, elle osera rétablir les forces en présence et redonner préséance aux justiciables.



**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ARRÊT VALLÉE DE LA COUR D'APPEL : LA CHARTE QUÉBÉCOISE À LA RESCOURSSE DU CODE CIVIL EN MATIÈRE D'EXPLOITATION DES PERSONNES ÂGÉES

**Auteur(s) :** Frédérique SABOURIN

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** **309-326**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11880>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11880>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**L'ARRÊT VALLÉE DE LA COUR D'APPEL :  
LA CHARTE QUÉBÉCOISE À LA RESCOUSSE  
DU CODE CIVIL EN MATIÈRE D'EXPLOITATION  
DES PERSONNES ÂGÉES**

par Frédérique SABOURIN\*

*Dans l'arrêt Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), [2005] R.J.Q. 961, la Cour d'appel, pour la première fois, qualifie d'exploitation au sens de l'article 48 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, le fait d'accepter des cadeaux d'une personne âgée. La Cour estime que les différentes mesures prévues au Code civil ne permettent pas d'apporter une solution adéquate et satisfaisante aux différentes formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées. Selon l'auteure, la Cour n'explore pas toutes les possibilités du Code civil avant d'en arriver à cette conclusion (I). De plus, cette décision n'est pas de nature à assurer adéquatement la sécurité des transactions et l'autonomie des personnes âgées (II). S'il y a des lacunes dans le droit civil, l'auteure formule le souhait que celles-ci soient comblées en apportant des modifications au Code civil. Des propositions à cet égard ont d'ailleurs déjà été faites, notamment par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, et il conviendrait sans doute de les réexaminer.*

---

*In the case of Vallée v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), [2005] R.J.Q. 961, the Court of Appeal decided for the first time that the acceptance of gifts from an elderly person constitutes a form of exploitation under section 48 of the Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12. The Court found that the provisions of the Civil Code of Québec offer an inadequate response to the various forms of exploitation to which the elderly may be subjected. The writer is of the opinion that the Court did not sufficiently explore all remedies available under the Civil Code before arriving at this conclusion (I). Moreover, by its very nature, this decision fails to adequately ensure the security of transactions and the autonomy of the elderly (II). If indeed there are lacunae in the Civil law, the writer suggests that they be redressed by amending the Civil Code. Proposals to this effect, voiced most notably by the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, merit closer scrutiny.*

---

\*. Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

## **SOMMAIRE**

<b>I –</b>	<b>OMISSIONS PAR LA COUR D'APPEL DE CERTAINES PROTECTIONS DU DROIT CIVIL .....</b>	<b>313</b>
<b>II –</b>	<b>L'ARTICLE 48 DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE, LA SÉCURITÉ DES TRANSACTIONS ET L'AUTONOMIE DES PERSONNES ÂGÉES .....</b>	<b>318</b>
<b>III –</b>	<b>CONCLUSION .....</b>	<b>325</b>

Le 4 avril dernier, la Cour d'appel<sup>1</sup> a, pour la première fois<sup>2</sup>, qualifié d'exploitation, au sens de l'article 48 de la *Charte des droits et libertés de la personne*<sup>3</sup> [Charte], l'acceptation de cadeaux faits par une personne âgée.

Rappelons tout d'abord les faits de cette affaire. En 1998, M. Marchand, 81 ans, fait la connaissance de Mme Vallée, 47 ans. Récemment devenu veuf, après 60 années de mariage, M. Marchand devient amoureux de Mme Vallée et lui propose de l'épouser à l'automne 1999.

Alors qu'il a vécu de façon modeste et prudente durant toute sa vie, M. Marchand se départit en l'espace de quelques mois au cours desquels il fréquente Mme Vallée, d'un capital d'environ 110 000 \$ en plus d'avoir dépensé tous les revenus perçus pendant cette période et de s'être endetté envers le fisc. La preuve ne permet pas de retracer avec précision la façon dont tout cet argent a été dépensé mais elle établit que M. Marchand a dépensé en faveur de Mme Vallée au minimum : 15 000 \$ pour un paiement sur une maison, 9 000 \$ pour une bague, 29 000 \$ pour une voiture et 3 599\$ pour un collier.

En 2001, M. Marchand est déclaré inapte à gérer ses biens par un jugement de la Cour supérieure qui homologue un mandat d'inaptitude donné à l'une de ces filles. Ce jugement comporte aussi une ordonnance interdisant à Mme Vallée de s'immiscer dans la gestion des biens de M. Marchand. Mme Vallée et M. Marchand restent cependant en contact.

En 2002, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (la Commission) dépose une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne. À la suite d'un règlement partiel intervenu entre les parties, Mme Vallée rembourse 20 000 \$ à M. Marchand en considération de sa participation à l'achat de la maison.

- 
1. *Vallée c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2005] R.J.Q. 961 (C.A.) [Vallée, C.A.]; en première instance *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Vallée*, [2003] R.J.Q. 2009 [Vallée, T.D.P.Q.].
  2. *Ibid.*, au para. 81.
  3. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [Charte].

La demande introductive d'instance est accueillie et Mme Vallée est condamnée à payer à la Commission, agissant en faveur de M. Marchand, des dommages et intérêts de 66 599 \$, dont 36 599 \$ pour dommages matériels, 20 000 \$ pour dommages moraux et 10 000 \$ à titre de dommages intérêts punitifs. L'appel est accueilli en partie par les juges Thibault et Bich afin de retrancher la condamnation pour les dommages punitifs. Pour sa part, le juge Hilton, dissident, aurait accueilli l'appel, infirmé le jugement de première instance et rejeté l'action de l'intimée, avec dépens dans cette Cour et en Cour supérieure.

Suivant la Cour, «[l]es différentes mesures prévues au *Code civil* ne permettent pas d'apporter une solution adéquate et satisfaisante aux différentes formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées»<sup>4</sup>. C'est pourquoi il lui paraît nécessaire de recourir à l'article 48 de la *Charte*, lequel constitue une disposition de droit substantiel<sup>5</sup>, qui confère à la personne âgée le droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

À notre avis, la Cour conclut à des lacunes du *Code civil* sans en avoir exploré toutes les possibilités (I). Ce faisant, cette décision n'est pas de nature à assurer adéquatement la sécurité des transactions<sup>6</sup> et l'autonomie des personnes âgées (II). Il nous apparaît que si lacunes du droit civil il y a, ces lacunes doivent être comblées par le *Code civil*.

---

4. Vallée, C.A., *supra* note 1 au para. 29.

5. L'article 48 de la *Charte* figure au nombre des droits économiques et sociaux. Suivant l'article 52 de la *Charte*, une loi peut déroger à ces dispositions sans qu'il soit nécessaire de l'énoncer expressément. Contrairement cependant à plusieurs autres droits économiques ou sociaux consacrés par la *Charte*, l'article 48 ne réfère pas aux normes prévues par la loi. Son champ d'application s'étendrait donc au-delà de ces normes.

6. Daniel Gardner et Dominique Goubau, «L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut» (2005) 46 *C. de D.* 961-974.

## **I – OMISSIONS PAR LA COUR D'APPEL DE CERTAINES PROTECTIONS DU DROIT CIVIL**

Suivant les juges majoritaires de la Cour :

L'examen des dispositions du Code civil fait voir que l'intervention est limitée aux seuls cas où la personne majeure fait l'objet d'un régime de protection (art. 256 et suiv. C.c.Q.). Dans cette situation, les actes faits peuvent être annulés et les obligations réduites, lorsque l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant. Dans le cas des majeurs protégés, la lésion peut aussi être invoquée (art. 1405 et suiv. C.c.Q.). En ce qui concerne les donations proprement dites, le Code civil prévoit que le majeur protégé ne peut donner que des biens de peu de valeur (art. 1813 C.c.Q.). Toute donation peut aussi être révoquée pour cause d'ingratitude, l'ingratitude correspondant à un comportement gravement répréhensible (art. 1836 C.c.Q.). Le legs fait au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé est sans effet, s'il a été fait à l'époque où le testateur y était soigné ou y recevait des services (art. 761 C.c.Q.).<sup>7</sup>

Dans cette énumération, les juges majoritaires de la Cour passent sous silence l'article 2170 C.c.Q. qui permet d'annuler les actes faits antérieurement à l'homologation d'un mandat d'incapacité et de réduire les obligations contractées, lorsque l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant<sup>8</sup>.

Ils omettent également que, comme l'enseignent les professeurs Deleury et Goubau, «il est évidemment possible, en application du droit commun, d'attaquer l'acte controversé en apportant la preuve (généralement par expertise) de l'incapacité factuelle de la personne à la date du consentement [art. 1398 et

---

7. Vallée, C.A., *supra* note au para. 30.

8. Voir *Thibodeau c. Larivière*, [2002] J.Q. n° 178 (C.S.) (QL).

1399 C.c.Q.]»<sup>9</sup>. Toujours en application du droit commun, l'erreur peut également être invoquée (art. 1400 et 1401 C.c.Q.).

Enfin, la Cour ne mentionne pas, puisqu'en l'espèce il s'agissait de dons et non pas de legs, l'article 1817 C.c.Q. qui est au même effet que l'article 761 C.c.Q.

La juge de première instance n'a pas abordé le dossier sous l'angle du *Code civil* mais plutôt sous celui de la *Charte*. En aurait-il été autrement si elle l'avait fait?

Si l'on s'arrête tout d'abord à la capacité de M. Marchand, on constate que l'appréciation de la preuve ne fait pas l'unanimité chez les juges. Suivant les juges majoritaires de la Cour d'appel, la revue de la preuve médicale qui a été retenue par la première juge aurait sans doute pu lui permettre de conclure à l'incapacité de M. Marchand de consentir aux donations sous l'angle du vice de consentement<sup>10</sup>.

Pour le juge Hilton, au contraire, la preuve révèle que Mme Vallée n'avait pas de motifs de douter de la capacité de M. Marchand au moment où il lui a offert des cadeaux<sup>11</sup>. Sans le mentionner expressément, le juge Hilton semble aborder la question sous l'angle de l'article 2170 C.c.Q. qui permet d'annuler les actes faits antérieurement à l'homologation d'un mandat d'incapacité et de réduire les obligations contractées, lorsque l'incapacité était

---

9. Édith Deleury et Dominique Goubau, *Le droit des personnes physiques*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 584-585 [Deleury et Goubau]; voir également *G.M. c. M.-C.O.* (22 avril 2005), Laval 540-05-004673-996, J.E. 2005-1118 (C.S.) (testament et mandat d'incapacité); *J.P. c. L.B.*, [2001] R.J.Q. 393 (mandat d'incapacité, testament et donation); *R.P. et L.P.* (24 mai 2000), St-François 450-14-001202-983, J.E. 2000-1381 (C.S.) (mandat d'incapacité); *J.M. c. C.M.*, 2000, AZ-50081644 (C.S.) (Azimut) (mandat d'incapacité); *Kraus-Remer c. Remer*, [1999] J.Q. n° 4736 (C.S.) (QL), requête pour ordonnance de sauvegarde accueillie (C.A.), 500-09-008751-992, appel rejeté (C.A.), 2001-12-20), 500-09-008751-992, SOQUIJ AZ-50109210, requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême rejetée (C.S. Can., 2003-03-27), 29092 (codicille); *R. (G.) c. H.-R. (A.)* (3 mars 1995), Longueuil 505-14-000348-945 (C.S.) (second mandat d'incapacité).

10. *Vallée*, C.A., *supra* note 1 au para. 43.

11. *Ibid.*, au para. 96.



connue du cocontractant<sup>12</sup>. C'était d'ailleurs cet article qui était pertinent en l'espèce et non pas les articles 256 et suivants du *Code civil*<sup>13</sup> mentionnés par les juges majoritaires de la Cour d'appel, puisque ces articles ne sont applicables que lorsque la personne fait l'objet d'un régime de protection<sup>14</sup>.

La piste de l'incapacité de M. Marchand ne semblant pas faire l'unanimité des juges, l'erreur aurait-elle pu être invoquée pour annuler les donations en application du droit commun? M. Marchand aurait-il consenti aux donations s'il n'eut pas caressé le rêve de partager sa vie avec Mme Vallée? Suivant la juge de première instance, Mme Vallée aurait indiqué, à la suite de la demande de mariage de M. Marchand, qu'elle souhaitait avoir du temps avant de concrétiser ce projet de vie commune<sup>15</sup>. Elle aurait donc fait miroiter des projets de vie commune à M. Marchand<sup>16</sup>. Là encore, le juge Hilton dissident ne partage pas cette conclusion. Pour lui, «M. Marchand n'est certainement pas la seule personne au monde à avoir fait un cadeau d'une valeur exorbitante à quelqu'un pour qui il ressent un sentiment amoureux. Il ne sera pas le dernier non plus»<sup>17</sup>. En tous les cas, pour le juge Hilton, Mme Vallée n'aurait pas été l'instigatrice des cadeaux et n'aurait pas manipulé M. Marchand<sup>18</sup>.

Qu'en aurait-il été si la Cour avait abordé la question sous l'angle de l'article 1817 C.c.Q.? Suivant cet article, la donation faite au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux est nulle, s'il a été fait à l'époque où le donateur y était soigné ou y recevait des services. La donation faite à un membre de la famille d'accueil à l'époque où le donateur y demeure est également nulle (art. 1817 C.c.Q.). Si la notion d'établissement de santé ou de services sociaux a été interprétée comme se référant à une notion clairement définie à la *Loi sur les services de santé et les*

---

12. *Ibid.*, au para. 93.

13. Plus précisément les articles 284 C.c.Q. (pour la curatelle) et 290 C.c.Q. (pour la tutelle); les actes antérieurs à la nomination d'un conseiller au majeur ne bénéficient d'aucune protection particulière. Voir à cet effet Deleury et Goubau, *supra* note 9 au para. 677.

14. Michel Beauchamp, «Le mandat en cas d'incapacité : crise d'identité?» (2005) 1 *C.P. du N.* 335.

15. *Vallée, C.A.*, *supra* note 1 au para. 11.

16. *Ibid.*, au para. 112.

17. *Ibid.*, au para. 107.

18. *Ibid.*, aux para. 99-103.

*services sociaux*<sup>19</sup>, celle de «famille d'accueil» a été interprétée largement par la jurisprudence.

Ainsi, dans *Masse-Lafortune, succession*<sup>20</sup>, la Cour d'appel étant saisie d'une demande d'annulation de legs en vertu de l'article 761 C.c.Q. a fait siens les propos du juge de première instance :

De l'avis du Tribunal ce qui importe, c'est que le foyer ou la résidence prenne charge de la personne hébergée moyennant rémunération et lui fournisse un encadrement, en l'occurrence divers soins et services, de l'aide ou de l'assistance, et une surveillance. La personne hébergée doit être une personne «sous la dépendance» (totale ou partielle) des personnes chez qui elle réside et qui s'en occupent, et ce en raison de son état. C'est ce qu'on entend par «famille d'accueil», par opposition à la personne qui est simplement «en chambre» quelque part.<sup>21</sup> [Nos soulignés]

Dans cette affaire, la Cour d'appel a laissé entendre qu'il n'y avait pas de justification à ne protéger que les bénéficiaires du réseau public :

[J]e ne peux concevoir que le législateur ait voulu simplement réitérer une protection qu'il accorde déjà aux personnes hébergées dans un système public, bien encadré par une réglementation multiple et complète, sans en faire bénéficier les personnes tout aussi vulnérables qui sont hébergées en résidence de type familial, des entreprises privées à but lucratif qui sont beaucoup moins supervisées.<sup>22</sup>

[L]es raisons pour lesquelles un individu est hébergé en résidence privée plutôt que publique peuvent varier. Dans un premier temps, il peut s'agir d'un cas où le bénéficiaire s'est adressé directement au système privé. Par contre, il se peut que l'individu, confronté à de trop

---

19. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2; *Dupaul, succession c. Beaulieu*, [2000] R.J.Q. 1186 (C.S.).

20. *Masse-Lafortune, succession*, [2003] R.J.Q. 1437 (C.A.) [*Masse-Lafortune*].

21. *Lafortune c. Bourque*, [2000] R.J.Q. 1852 (C.S.) au para. 92.

22. *Masse-Lafortune, supra* note 20 au para. 36.

longues listes d'attente dans le secteur public, n'ait eu d'autre choix que de recourir aux services offerts dans le secteur privé.<sup>23</sup>

Le fait que la personne qui a besoin de protection ait été placée par un organisme public ou qu'un tel organisme s'occupe de cette personne n'est donc pas déterminant<sup>24</sup>. Il importe peu également «que l'hébergement soit permanent ou qu'il soit temporaire puisque les modalités d'hébergement seront dictées par la condition de chronicité ou de convalescence de la personne en perte d'autonomie»<sup>25</sup>.

Les termes employés à l'article 761 C.c.Q. étant identiques à ceux de l'article 1817 C.c.Q., on peut penser que suivant cette jurisprudence, les résidences de type familial et les entreprises privées seraient tout autant concernées que les établissements du réseau public.

En l'espèce, M. Marchand habitait un immeuble à logements pour personnes âgées autonomes et semi autonomes<sup>26</sup>. Mme Vallée travaillait comme serveuse au restaurant de cet immeuble comme femme de ménage chez plusieurs personnes âgées, dont M. Marchand. La Cour aurait-elle pu considérer Mme Vallée comme un «membre» de la famille d'accueil de M. Marchand? Même animée par le souci de protéger adéquatement les personnes âgées, cette interprétation pourrait sembler trop éloignée des termes retenus par le législateur à l'article 1817 C.c.Q. Rappelons que dans *Masse-Lafortune, succession*<sup>27</sup>, les legs en litige avaient été faits aux propriétaires de la famille d'accueil.

Dans une étude réalisée par la Commission sur l'exploitation des personnes âgées, celle-ci s'était interrogée sur l'opportunité de recommander que l'interdiction de faire des donations ou des legs s'applique également aux personnes oeuvrant dans une résidence privée. Elle avait conclu qu'une

---

23. *Ibid.*, au para. 37.

24. *Ibid.*, au para. 40.

25. *Ibid.*, au para. 41.

26. Voir en ligne : [lestourgouin <http://lestourgouin.phaq.ca>](http://lestourgouin.phaq.ca).

27. *Masse-Lafortune*, *supra* note 20.

interdiction totale restreindrait indûment les droits des personnes hébergées qui ne sont pas en perte d'autonomie<sup>28</sup>.

Cette recommandation, que la Commission elle-même n'a pas retenue, aurait-elle pu permettre d'annuler les donations faites par M. Marchand à Mme Vallée? La Commission songeait-elle à toutes les personnes qui, sans être des employés de la résidence privée, y travaillent? Ou n'avait-elle à l'esprit, comme pour les établissements de santé et de services sociaux, que les propriétaires, administrateurs et salariés? Quel était le lien d'emploi de Mme Vallée lorsqu'elle oeuvrait dans l'immeuble qu'habitait M. Marchand? Était-elle une employée de la résidence? Il n'est pas possible de répondre avec certitude à ces questions. Toutefois, on peut se demander si interdire les donations faites au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'une résidence privée ne serait pas de nature à assurer plus adéquatement la sécurité des transactions et l'autonomie des personnes âgées que ne le fait l'article 48 de la *Charte* dans cette situation. Ces objectifs sont aussi importants que celui d'assurer la protection des personnes âgées.

## **II – L'ARTICLE 48 DE LA CHARTE QUÉBÉCOISE, LA SÉCURITÉ DES TRANSACTIONS ET L'AUTONOMIE DES PERSONNES ÂGÉES**

Dans l'arrêt *Vallée*, la Cour d'appel fait une revue de la jurisprudence sur la question de l'exploitation des personnes âgées. Le terme «exploitation», tel qu'utilisé dans l'article 48 de la *Charte*, a été défini par la juge Rivet dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Brzozowski*, première décision à être rendue sur cet article, plus de quinze ans après son

---

28. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Rapport sur la mise en œuvre des recommandations formulées dans le rapport Vers un Filet de protection resserré* Québec, CDPDJ, 2005 aux pp. 27-28 [CDPDJ, *Rapport*]. La Commission recommandait également d'harmoniser l'article 1817 C.c.Q. avec la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 19, afin de soumettre à la prohibition le personnel oeuvrant dans les ressources de types familial au sens de cette loi. Le ministre aurait estimé cette modification non nécessaire étant donné l'état de la jurisprudence, laquelle va dans le sens que souhaiterait la Commission. Voir également, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Vers un Filet de protection resserré* (guide) Québec, CDPDJ, 2001.

adoption<sup>29</sup>. L'exploitation comprendrait les trois éléments suivants : une mise à profit, une position de force, au détriment d'intérêts plus vulnérables. Suivant la juge Rivet, la personne âgée doit pouvoir faire des choix libres et éclairés; toute entrave signifie de l'exploitation. Cette définition est aujourd'hui couramment utilisée par la jurisprudence<sup>30</sup>. Par ailleurs, la personne âgée ne serait pas celle qui atteint un âge précis mais celle qui, à cause de son âge ou de la maladie, serait vulnérable.

Certaines situations d'exploitation sont le fait d'exploitants de sociétés commerciales qui ont privé de leur argent des personnes âgées vulnérables en raison de leur âge ou de leur handicap ou porté atteinte à leur intégrité ou dignité personnelle: *Commission des droits de la personne c. Brzozowski*<sup>31</sup>, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Hamel*<sup>32</sup>.

- 
29. *Commission des droits de la personne du Québec c. Brzozowski*, [1994] R.J.Q. 1447 (T.D.P.Q.) [*Brzozowski*]. La propriétaire d'un centre d'hébergement, non approuvé par le ministère de la Santé et des Services sociaux, pour personnes âgées principalement d'Europe de l'Est, privait de leur argent les résidents qui s'exprimaient avec difficulté en français ou en anglais, les rendait craintifs d'exprimer leur mécontentement, les alimentait mal et ne s'occupait pas de leurs besoins médicaux, accueillant un médecin une fois par mois et ne détenant aucun dossier médical ou personnel des personnes en question.
30. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné*, [2003] R.J.Q. 647 (T.D.P.Q.) [*Gagné*], règlement hors cours à la suite d'une permission d'en appeler accordée par la Cour d'appel, J.E. 2003-497 (C.A.); *Lemire c. Huppé-Lambert*, 2004-923 (C.S.) (REJB); *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Hamel* (25 juin 2003), Montréal 500-53-000188-035, J.E. 2003-1562 (T.D.P.Q.) [*Hamel*].
31. *Brzozowski*, *supra* note 29; voir également *Commission des droits de la personne c. Coutu*, [1995] R.J.Q. 1628 (T.D.P.Q.), modifié sur un autre aspect par la Cour d'appel (21 septembre 1998), Montréal, 500-09-000970-954, J.E. 1998-2088 (C.A.). M. Coutu logeait dans son centre d'hébergement des personnes atteintes d'une déficience mentale. Il achetait en gros les articles nécessaires à leur hygiène et à leur soutien en se servant de leurs allocations mensuelles, et leur facturait ces articles au prix de détail. Les résidents étaient également obligés d'effectuer des travaux ménagers non rémunérés. S'ils refusaient, ils étaient sujets à un système de punition. De plus, les résidents étaient obligés de prendre leurs bains en commun, et de se rencontrer nus avant d'entrer dans leurs bains. Le personnel qui s'occupait des résidents n'avait pas de formation particulière et avait une perception méprisante des bénéficiaires.
32. *Hamel*, *supra* note 30. La société commerciale et son président avaient profité de la vulnérabilité et de l'isolement des personnes âgées pour leur vendre sous pression, des appareils inadéquats et inappropriés à leurs besoins, des appareils usagés en représentant qu'ils étaient neufs, ou pour omettre de leur livrer la totalité des objets vendus.

Il arrive par ailleurs que des personnes protégées par l'article 48 de la *Charte* offrent «volontairement» des cadeaux à des tiers. C'est pourquoi il convient de réaliser un délicat équilibre entre, d'une part, l'autonomie de la personne, sa liberté de gérer ses biens à son gré et, d'autre part, le réel besoin de protection des personnes âgées dans l'isolement considérable où elles se trouvent parfois.

Une personne âgée, même vulnérable, conserve l'entier contrôle de ses biens et elle doit pouvoir en disposer selon sa volonté et même à son détriment. Il faut, comme le professeur Michel Grimaldi l'exprime tout à fait justement, éviter de retirer leur liberté aux personnes âgées alors qu'elles trouvent de la satisfaction à l'exercer<sup>33</sup> :

Il ne faut pas retirer la liberté de disposer à titre gratuit, et singulièrement la liberté testamentaire, à ceux auxquels elle est la plus secourable : aux personnes âgées. Il ne faut pas les priver de ce qui les occupe et qui leur permet de croire qu'elles se survivront à elles-mêmes : il serait inhumain d'imposer, à partir d'un certain âge, comme un permis de donner ou de tester.

Pour le juge Hilton, il faut se garder de conclure à l'existence d'exploitation *prima facie*, uniquement en raison de l'existence d'une relation entre une personne vulnérable et une personne qui ne l'est pas<sup>34</sup>. Pire encore, il faut se garder de conclure à l'existence d'exploitation *prima facie*, uniquement

---

33. Michel Grimaldi, «L'intention libérale» dans *Les Conférences Roger-Comtois*, Montréal, Thémis, 2004 à la p. 19 [Grimaldi].

34. Vallée, C.A., *supra* note 1 au para. 80.

en raison de l'âge d'une personne et *a fortiori* dans des situations où elle n'est pas juridiquement inapte.

Alors que la Cour d'appel n'avait encore jamais qualifié d'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte* l'acceptation de dons monétaires ou autres cadeaux d'une personne vulnérable<sup>35</sup>, les tribunaux de première instance l'ont fait dans diverses circonstances : voir : *Longtin c. Plouffe*<sup>36</sup>, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Gagné*<sup>37</sup>, *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fiset*<sup>38</sup>, tandis que dans

---

35. Voir les propos du juge Dalphond dans *Gagné*, *supra* note 30.

36. *Longtin c. Plouffe*, [2001] R.J.Q. 2635 (C.S.). Un homme âgé de 70 ans, souffrant de surdité et de d f ci nce intellectuelle depuis son enfance, avait aidé une femme de 18 ans sa cadette, qu'il connaissait depuis qu'il avait 33 ans, à acheter une maison, une voiture et à effectuer un voyage au Honduras avec lui et le conjoint de celle-ci. Compte tenu du fait que la d f nderesse connaissait l'homme depuis de nombreuses années, qu'elle savait qu'il souffrait de handicaps, qu'elle lui avait tenu lieu de famille pendant plusieurs années, qu'elle savait l'influence qu'elle exerçait sur lui (il lui avait déjà fait plusieurs demandes en mariage) et vu le manque de contact avec les membres de sa famille, la cour a conclu à une lésion interdite par la *Charte*. Elle n'a pas conclu qu'il vivait en famille d'accueil puisque la maison lui appartenait en partie.

37. Dans *G  n  *, *supra* note 30, un homme âgé de 73 ans habitait avec son fils et la conjointe de celui-ci. En l'espace de 22 mois, il s'est dépouillé de 78 469,49 \$. Le Tribunal des droits de la personne a conclu qu'il y avait eu exploitation et a soustrait de l'indemniti   accordée 26 876,71 \$ représentant les dépenses liées à son hébergement, ce qui de l'avis du Tribunal compensait largement les hôtes.

38. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Fiset* (2 décembre 1998), Québec 200-53-000002-985, J.E. 1999-150 (T.D.P.Q.). La plaignante, âgée de 78 ans, était sous médication de façon permanente, elle était en perte d'autonomie, confuse et avait besoin d'aide. Son neveu, M. Fiset, l'aidait dans ses affaires courantes et, dans ce contexte, l'avait convaincue de faire des travaux de rénovation à une maison dont il se savait l'héritier. Il avait également pris possession de ses biens personnels et lui avait soutiré toutes ses économies, qui s'élevaient à 20 500 \$. La plaignante avait agi sous les pressions de son neveu et avait accepté de signer des documents pour avoir la paix, pour ne pas le contrarier et pour éviter d'être abandonnée et de rester seule, sans aide.

d'autres cas, ils n'ont pas trouvé nécessaire d'intervenir : *Dupaul c. Beaulieu*<sup>39</sup>, *Lemire c. Huppé-Lambert*<sup>40</sup>.

Cette première de la Cour d'appel est inquiétante pour la sécurité des transactions. Il devient difficile pour les parties impliquées d'apprécier l'étendue de leurs obligations éventuelles. De plus, l'autonomie des personnes âgées se trouve atteinte. Il n'est évidemment pas possible d'apprécier les faits de l'espèce de la même façon qu'ont pu le faire les juges au dossier ou la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Pour la juge de première instance, Mme Vallée aurait fait preuve d'aveuglement volontaire en acceptant de manière aussi complaisante les nombreux cadeaux de M. Marchand et en ne cherchant jamais à l'inciter à poser des gestes plus raisonnables<sup>41</sup>.

---

39. *Dupaul, succession, supra* note 19. Mme Dupaul, âgée de 95 ans, avait demandé à son courtier en valeurs mobilières de transférer des obligations d'une valeur de 200 000 \$ au nom des propriétaires de la résidence dans laquelle elle avait emménagé. L'action en annulation de donations entre vifs basée sur l'article 1817 C.c.Q. a été rejetée, puisqu'il ne s'agissait pas d'une famille d'accueil et que la dame avait la capacité de faire un tel don. De plus, il était clair qu'elle souhaitait ardemment pouvoir finir ses jours «chez elle», dans sa chambre sans avoir à recevoir de soins médicaux et sans avoir à subir une hospitalisation prolongée ou une perte de qualité de vie en institution.

40. *Lemire c. Huppé-Lambert, supra* note 30. Mme Huppé-Lambert, à titre d'auxiliaire familiale pour le CLSC, donnait des soins à M. Lemire, alors âgé de 81 ans. M. Lemire a offert à la fille de Mme Huppé-Lambert un logement dans un immeuble dont il était propriétaire, moyennant un loyer négligeable. Il a engagé le mari de Mme Huppé-Lambert, M. Lambert, pour faire des réparations au logement, lui donnant une rémunération pour son travail. Par la suite, M. Lemire a continué sa relation avec la famille et a fait plusieurs dons importants à sa locatrice, et à M. Lambert. Le juge Legris a rejeté une grande partie de l'action en remboursement de sommes d'argent basée sur l'article 48 de la *Charte*, venant à la conclusion que c'était toujours M. Lemire qui avait offert les dons. Il n'avait pas été l'objet d'une exploitation de la part des défendeurs.

41. *Vallée, C.A., supra* note 1 au para. 116. Voir aussi Marc-André Dowd, «L'exploitation des personnes âgées ou handicapées. Où tracer les limites de l'intervention de l'État?» dans *Pouvoirs publics et protection*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2003 à la p. 55.



Pour le juge Hilton :

[I]l aurait été souhaitable que Mme Vallée ait refusé les cadeaux de M. Marchand [...] Toutefois, un tribunal ne devrait pas déclarer une personne coupable d'exploitation au sens de l'article 48 de la *Charte* uniquement parce qu'elle n'a pas refusé des cadeaux. Un acte positif de manipulation de sa part est nécessaire avant d'arriver à cette conclusion. Agir de mauvais goût ne suffit pas.<sup>42</sup> [Nos italiques]

Quoiqu'il en soit, l'arrêt soulève des interrogations. On imagine sans peine que les enfants de M. Marchand ne disposaient pas de beaucoup de temps libre à consacrer à leur père. Comme bien d'autres gens, n'avaient-ils pas leur travail et possiblement leurs propres enfants à s'occuper en plus d'avoir à assurer leur quotidien? De nos jours, les personnes âgées n'habitent généralement plus dans leur famille. Faut-il alors condamner qu'elles avantagent ceux qui, moins fortunés peut-être, passent le plus de temps avec elles à leur tenir compagnie, à les distraire, à leur parler, à les accompagner dans leurs déplacements, comme le faisait Mme Vallée avec M. Marchand<sup>43</sup>? Qu'y a-t-il de plus humain que de vouloir faire le bonheur des gens qui nous entourent?

Comme le souligne le professeur Grimaldi, l'activité juridique des personnes âgées se borne souvent aux libéralités puisqu'elles ne gagnent plus de revenus d'emplois et ne font généralement plus de gros achats ni d'emprunts<sup>44</sup>. Il suggère deux avenues destinées à encadrer davantage les libéralités dans un souci de protection. La première consiste à imposer la forme notariée pour les dons manuels, dons de sommes d'argent par virement, chèques ou procurations sur comptes bancaires<sup>45</sup>. La seconde serait de spécifier une quotité disponible, le reste devant demeurer pour les héritiers (réserve héréditaire). Ainsi, l'article

---

42. *Ibid.*, aux para. 109-110.

43. En première instance, il est souligné que M. Marchand et Mme Vallée passent beaucoup de temps ensemble. Ainsi, ils se voient dès que Mme Vallée arrive sur les lieux de travail le matin, de même que lors de ses pauses. Ils prennent des repas ensemble, font des courses dans les centres commerciaux du secteur, visitent des connaissances le soir venu et se parlent par téléphone jusque tard dans la soirée. Selon un témoin, dont les propos sont rapportés dans le jugement de première instance, cette relation «a donné le goût de revivre, un regain» à M. Marchand. *Vallée, C.A.*, *supra* note 1 au para. 65.

44. Grimaldi, *supra* note 33 à la p. 17.

45. *Ibid.* à la p. 21.

914 du *Code civil* français dispose que «[l]es libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.» Suivant M. Grimaldi, les enfants, s'ils sont bénéficiaires de la moitié ou des trois quarts du patrimoine, laisseront passer les libéralités douteuses qu'ils ne manqueraient pas d'attaquer si elles les exhédaient totalement<sup>46</sup>.

L'intervention d'un notaire peut effectivement permettre de débusquer les situations potentiellement abusives et, dans les cas qui l'exigent, d'initier un processus d'ouverture de régime de protection<sup>47</sup>. Cependant, il y a des exemples dans la jurisprudence d'actes notariés annulés pour cause d'incapacité<sup>48</sup>. Quant à la quotité disponible, elle heurte la tradition québécoise en faveur de la liberté de tester.

Pour sa part, dans son étude sur l'exploitation des personnes âgées, la Commission a recommandé de modifier l'article 1814 du *Code civil*, afin d'interdire la donation de la totalité des biens, même à titre particulier, et d'exiger que l'acte de donation des biens de son vivant prévoit la conservation des biens nécessaires pour subvenir aux besoins du donateur et des personnes à sa charge. Le ministre Bellemare de la Justice aurait toutefois estimé que les dispositions actuelles, y compris celles qui prévoient l'incessibilité de certains revenus, protègent adéquatement la personne âgée, tout en respectant son droit à la libre disposition de ses biens<sup>49</sup>.

On remarquera que l'établissement d'une quotité disponible en droit français semble être animé par le souci de laisser des biens aux proches parents du donateur, qui peuvent en être dépendants, alors que la recommandation de la Commission visait à assurer le bien-être du donateur lui-même et, accessoirement, de ses dépendants.

---

46. *Ibid.* à la p. 29.

47. Pierre Bohémier et Gérard Guay, «L'exploitation des personnes âgées : prévenir pour ne pas être complice» (2005) 1 *C.P. du N.* 121.

48. Voir, à titre d'exemple, certaines des décisions mentionnées à la note 9.

49. CDPDJ, *Rapport*, *supra* note 28 aux pp. 27-28.

### III – CONCLUSION

Le problème de l'exploitation des personnes âgées est sérieux et réel compte tenu de l'allongement de l'espérance de la vie humaine et de la transformation de la famille. Le législateur était sans doute justifié dans ces circonstances d'édicter l'article 48 de la *Charte* en s'inspirant de divers instruments internationaux. Toutefois, dans les situations de donations, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à des lacunes du *Code civil* sans en avoir exploré toutes les possibilités.

En effet, dans le cas de l'homologation d'un mandat d'incapacité, l'article 2170 C.c.Q. permet d'annuler les actes faits antérieurement et de réduire les obligations contractées, lorsque l'incapacité était notoire ou connue du cocontractant. Il est également possible, en application du droit commun, d'attaquer l'acte controversé en apportant la preuve de l'incapacité factuelle de la personne à la date du consentement (art. 1398 et 1399 C.c.Q.). L'erreur peut également être invoquée.

Enfin, la donation faite au propriétaire, à l'administrateur ou au salarié d'un établissement de santé ou de services sociaux est nulle, s'il a été fait à l'époque où le donateur y était soigné ou y recevait des services. La donation faite à un membre de la famille d'accueil à l'époque où le donateur y demeure est également nulle (art. 1817 C.c.Q.).

Cependant, si le dossier avait été abordé de cette manière, plutôt qu'en fonction de l'exploitation de M. Marchand, il n'est pas du tout certain que l'annulation des donations eut été prononcée puisque les juges n'ont pas tous apprécié la preuve de la même façon. Peut-on dire pour autant, comme le fait la Cour d'appel, «que les différentes mesures prévues au *Code civil* ne permettent pas d'apporter une solution adéquate et satisfaisante aux différentes formes d'exploitation dont peuvent être victimes les personnes âgées»?

Si lacunes il y a, le législateur pourrait songer à modifier l'article 1817 C.c.Q. dans le sens de la jurisprudence en incluant les résidences privées et en y ajoutant une prohibition de donation aux propriétaires, administrateurs ou salariés de telles résidences. Il pourrait également explorer l'une ou l'autre des avenues suggérées par M. Grimaldi : imposer la forme notariée pour les dons

manuels ou spécifier une quotité disponible, le reste devant demeurer pour les héritiers (réserve héréditaire). Il pourrait encore revoir la proposition de la Commission de modifier l'article 1814 du *Code civil*, afin d'interdire la donation de la totalité des biens, même à titre particulier, et d'exiger que l'acte de donation des biens de son vivant prévoit la conservation des biens nécessaires pour subvenir aux besoins du donateur et des personnes à sa charge.

À notre avis, ces modifications seraient de nature à assurer plus adéquatement que ne le fait l'article 48 de la *Charte*, en ce qui concerne l'acceptation de cadeaux, la sécurité des transactions et l'autonomie des personnes âgées.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE OU LES PIÈGES DE LA  
PERTINENCE : CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN, YOUTH  
AND THE LAW

**Auteur(s) :** Marianne HARDY-DUSSAULT

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** **327-354**

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11881>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11881>

*Page vide laissée intentionnellement.*

**UN FACTEUR CONTEXTUEL SOUS INFLUENCE  
OU LES PIÈGES DE LA PERTINENCE :  
CANADIAN FOUNDATION FOR CHILDREN,  
YOUTH AND THE LAW**

par Marianne HARDY-DUSSAULT\*

*Selon la Cour suprême, l'article 43 du Code criminel, qui permet aux parents et aux instituteurs d'employer une force raisonnable en vue de corriger les enfants dont ils ont la charge, ne porte aucunement atteinte à la dignité de ces derniers. Ces enfants jouissent d'une protection moindre que celle généralement offerte aux adultes, mais on doit néanmoins comprendre que cette différence de traitement révèle en fait une considération égale. Dans la décision en titre, le facteur de correspondance aura suffi pour que la majorité parvienne à cette conclusion contestable. Dans le présent commentaire d'arrêt, l'auteur entend établir que dans Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.), ce facteur contextuel qui, à l'origine, visait à promouvoir l'égalité réelle par opposition à l'égalité formelle, sert de toutes autres fins. Détourné de son objectif premier, le facteur de correspondance compromet la séparation analytique des articles 15(1) et 1 de la Charte canadienne des droits et libertés en véhiculant l'idée que l'égalité ne saurait exister indépendamment des objectifs législatifs et, par conséquent, des distinctions perçues comme étant pertinentes. Prenant comme point de départ l'application du facteur de correspondance dans cette décision controversée, l'auteur entend démontrer que ce facteur peut et doit être reformulé de façon à ce que l'esprit de l'article 15(1) de la Charte soit respecté.*

---

---

\*. Avocate, étudiante à la maîtrise en droit à l'Université McGill. L'auteure remercie la professeure Colleen Sheppard de la Faculté de droit de l'Université McGill ainsi que tous ceux qui lui ont apporté leurs suggestions.

*According to the Supreme Court, section 43 of the Criminal Code, which provides that parents and teachers may use reasonable force in correcting a child without facing criminal charges, does not offend the child's dignity. While children may not enjoy the same protection generally afforded adults, it must be understood that this difference in treatment is not based on a notion of lesser consideration for them. The correspondence factor invoked by the majority of the Court in the decision under discussion has enabled it to arrive at this somewhat questionable conclusion. In the present comment, the writer attempts to demonstrate that in Canadian Foundation for Children, Youth and the Law case, this contextual factor originally intended to promote substantive equality as opposed to formal equality, in reality attains less lofty goals. Because it is diverted from its primary purpose, the correspondence factor actually compromises the analytical separation of sections 15(1) and 1 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by conveying the notion that equality cannot exist independently of legislative objectives and consequently of distinctions perceived as relevant. By taking the correspondence factor as a starting point, the writer seeks to establish that it can and should be reformulated to respect the spirit of section 15(1) of the Charter.*



(2005-06) 36 R.D.U.S.	<i>Un facteur contextuel sous influence ou les pièges de la pertinence :</i>	329
	Canadian Foundation for Children, Youth and the Law	

## SOMMAIRE

<b>I.</b>	<b>Introduction</b>	331
<b>II.</b>	<b><i>Canadian Foundation for Children, Youth and the Law</i> : la dignité des uns contre la liberté des autres</b>	332
<b>III.</b>	<b>Le facteur de correspondance et la consécration de l'égalité réelle</b>	336
<b>IV.</b>	<b>Un facteur sous influence ou les pièges de la pertinence</b>	341
<b>V.</b>	<b>En guise de conclusion</b>	351



«[I]f the misery of our poor be caused not  
by the laws of nature, but by our  
institutions, great is our sin».  
Charles Darwin, Voyage of the Beagle

## I. Introduction

En 1999, l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [Law] proposait, sans voix discordante, une démarche qui se voulait exempte de formalisme et résolument axée sur l'objet de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup>. Par le biais de facteurs contextuels, il semblait dès lors possible de cerner adéquatement la notion de dignité humaine, concept qui devait dorénavant guider nos tribunaux dans tout examen impliquant l'article 15(1) de la *Charte*. Cet arrêt a-t-il su tenir ses promesses? S'il est vrai qu'à l'époque, il était permis de croire que la Cour avait enfin uniformisé sa pensée en matière d'égalité, le temps nous aura prouvé le contraire. L'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*<sup>2</sup> [Canadian Foundation], en tant que manifestation récente du malaise qui perdure au sein de la Cour suprême, offre une occasion particulièrement intéressante de revisiter notre conception de l'égalité et de reconnaître l'importance de la séparation analytique des articles 15(1) et 1 de la *Charte*. Cette décision confirme qu'il est temps pour la Cour suprême de reprendre l'exercice qu'elle avait entamé dans *Andrews c. Law Society of British Columbia* [Andrews], mais qu'elle ne peut prétendre avoir achevé dans *Law*<sup>3</sup>.

Des quatre facteurs contextuels formulés dans *Law*<sup>4</sup>, le plus prometteur était sans doute celui commandant l'étude de la correspondance entre le motif

- 
1. *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 [Law]; *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15(1), partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, art. 15(1) [Charte].
  2. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P. G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76 [Canadian Foundation].
  3. *Andrews c. Law society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 [Andrews]; *Law*, *supra* note 1.
  4. *Law*, *supra* note 1.

de discrimination allégué et «les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou à d'autres personnes»<sup>5</sup>. Nous verrons cependant que dans *Canadian Foundation*, ce facteur qui, à l'origine, visait à promouvoir l'égalité réelle, par opposition à l'égalité formelle, semble servir de toutes autres fins<sup>6</sup>. Le facteur nouvellement formulé, s'il n'est pas appliqué avec suffisamment de circonspection, cause davantage de tort qu'il ne protège ceux qui, à l'instar des jeunes exclus par l'article 43 du *Code criminel*, sont sacrifiés sur l'autel de la raison législative.

Utilisé à mauvais escient, ce facteur permet une analyse davantage intégrée des articles 15(1) et 1 de la *Charte*, fusion en quelque sorte accentuée par un examen trop hâtif, mais surtout un usage inadéquat de l'objectif législatif. Après un bref survol des positions en présence dans *Canadian Foundation*, nous verrons que lorsque le facteur de correspondance est évoqué afin de justifier une distinction ou une classification contestée et non pour établir si cette dernière a un effet discriminatoire, son utilisation paraît immédiatement hérétique. Ce n'est qu'en identifiant les pièges qu'il recèle que ce facteur contextuel pourra véritablement jouer le rôle qui lui avait d'abord été attribué.

## **II. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* : la dignité des uns contre la liberté des autres**

Les châtiments corporels infligés aux enfants, voies de fait que certains préfèrent qualifier de corrections à vocation éducationnelle, ne portent aucunement atteinte à la dignité de l'enfant qui, jouissant d'une protection moindre que celle offerte aux adultes, doit néanmoins comprendre que cette différence de traitement révèle en fait une considération égale. Telle est la conclusion contestable à laquelle parvenait la Cour suprême dans la décision en titre. Deux visions se sont affrontées : l'une d'elle véhicule une conception du droit à l'égalité que l'on croyait pourtant révolue, alors que l'autre présente un reflet plus juste des progrès effectués par la société canadienne en matière

---

5. *Ibid.*, au para. 88.

6. Natasha Kim et Tina Piper, «Gosselin v. Quebec: Back to the Poorhouse...» (2003) 48 R.D. McGill 749 au para. 43 [Kim]; Daniel Proulx, «Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination: deux Chartes, deux modèles.» (2003) R. du B. 487 aux pp. 511-512 [Proulx, «Dignité»].

d'égalité. Or, ce n'est pas tant l'avènement d'une nouvelle scission au sein des membres de la Cour suprême qui est à craindre, mais bien le fait que, pour l'heure, la position majoritaire ne soit pas celle à laquelle on pouvait raisonnablement s'attendre.

L'article 43 du *Code criminel* offre aux parents ainsi qu'aux instituteurs un moyen de défense particulier lorsque, accusés de voies de fait sur un mineur, ils entendent soulever l'aspect éducationnel de leur geste :

Tout instituteur, père ou mère, ou toute personne qui remplace le père ou la mère, est fondé à employer la force pour corriger un élève ou un enfant, selon le cas, confié à ses soins, pourvu que la force ne dépasse pas la mesure raisonnable dans les circonstances.

Dans *Canadian Foundation*, la Cour suprême devait se prononcer sur la validité de cette disposition, contestée par le biais des articles 7, 12 et 15(1) de la *Charte*. Par une majorité de six juges sur neuf, la Cour a conclu que l'article 43 du *Code criminel* ne contrevenait à aucune de ces dispositions<sup>7</sup>. Bien que l'étude liée aux articles 7 et 12 de la *Charte* ne soit pas dépourvue d'intérêt, afin d'alléger le présent exposé, et considérant que seule l'application du facteur de correspondance retiendra notre attention, nous limiterons nos observations aux motifs invoqués par la Cour quant à l'application de l'article 15(1) de la *Charte*<sup>8</sup>. Par ailleurs, puisque que les opinions des juges McLachlin et Binnie mettent plus particulièrement en relief les écueils inhérents à l'application des facteurs

- 
7. La majorité, composée des juges McLachlin, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache et LeBel, a conclu que l'article 43 C.cr. ne portait pas atteinte aux articles 7, 12 et 15 de la *Charte*. Le juge Binnie, dissident en partie, était d'avis que l'article 43 C.cr., n'est pas contraire aux articles 7 et 12 de la *Charte*. En ce qui concerne l'article 15 de la *Charte*, il souscrit à l'opinion de la juge Deschamps qui estime que l'article 43 C.cr. porte atteinte au droit à l'égalité. Contrairement à la juge Deschamps pour qui l'article 43 C.cr. était entièrement injustifié, le juge Binnie n'aurait invalidé que l'exception visant les instituteurs. La juge Arbour, a conclu que l'article 43 C.cr. était contraire à l'article 7 de la *Charte* et que cette atteinte n'était pas justifiée par l'article premier.
8. D'autres ont d'ailleurs déjà critiqué la démarche adoptée par la Cour au regard de ces articles. Voir par exemple Sanjeev Anand, «Reasonable Chastisement: A Critique of the Supreme Court's Decision in the *Spanking Case*» (2004) 41 Alta. L. Rev. 871; Anne McGillivray, «Child Physical Assault : Law, Equality and Intervention» (2004) 30 Man.L.J. 133.

contextuels formulés dans l'arrêt *Law*, ce n'est que de façon complémentaire que nous ferons référence aux opinions dissidentes des juges Arbour et Deschamps<sup>9</sup>.

La majorité de la Cour, sous la plume de l'honorable juge McLachlin, a conclu que l'article 43 du *Code criminel* ne portait pas atteinte à l'article 15(1) de la *Charte* et ce, après avoir effectué un habile, mais non moins contestable, exercice de «reading in» lors de l'examen requis par l'article 7 de la *Charte*<sup>10</sup>. À juste titre, le juge McLachlin a, dans un premier temps, rappelé que «traitement identique» et «considération égale» n'allaient pas nécessairement de pair<sup>11</sup>. Adoptant le point de vue de la personne raisonnable agissant pour le compte d'un enfant et étant consciente que la loi imposait une différence de traitement fondée sur un motif énuméré à l'article 15(1) de la *Charte*, la juge McLachlin s'est immédiatement attaquée à la troisième étape du test explicité dans l'arrêt *Law*<sup>12</sup>. Afin de conclure que le choix du législateur de ne pas criminaliser ces voies de fait n'avait pas pour effet de marginaliser ou de véhiculer l'idée que les enfants étaient moins dignes d'être reconnus en tant qu'êtres humains, la juge McLachlin s'est attachée à l'étude des quatre facteurs contextuels formulés dans l'arrêt *Law* : le désavantage préexistant, le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur, l'objet ou l'effet d'amélioration et la nature du droit touché<sup>13</sup>. Bien que la juge McLachlin ait reconnu que les enfants faisaient partie d'un groupe vulnérable et qu'elle ait qualifié d'important le droit compromis par l'article 43 du *Code criminel*, à savoir le droit à l'intégrité physique, elle a néanmoins retenu, en s'appuyant uniquement sur le second facteur contextuel,

---

9. *Law*, *supra* note 1.

10. Bien que la présente étude ne concerne pas l'application de cette dernière disposition, il s'avérera utile de garder à l'esprit que l'article 43 C.cr. a été largement reformulé par la juge McLachlin, lui permettant ainsi de conclure que cette disposition n'était pas imprécise au point d'exiger une déclaration d'inconstitutionnalité. D'après la juge McLachlin, l'article 43 C.cr. n'offre aucune défense dans les cas d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles, lorsqu'un objet est utilisé pour infliger une correction, lorsque la victime est âgée de moins de 2 ans ou qu'elle est adolescente, voir *Canadian Foundation*, *supra* note 2 aux para. 37-40.

11. *Ibid.*, aux para. 50-51.

12. *Ibid.*, au para. 53.

13. *Ibid.*, aux para. 62-75.

que la dignité des enfants n'était pas violée par cette disposition<sup>14</sup>. L'article 43 du *Code criminel* correspondrait aux besoins des enfants puisqu'il condamne l'emploi d'une force déraisonnable, tout en évitant que le droit criminel n'intervienne pour disloquer les familles ou pour empêcher les parents d'éduquer leur enfant<sup>15</sup>.

L'honorable juge Binnie, dissident en partie, a souscrit aux motifs de l'honorable juge Deschamps qui estimait quant à elle que l'article 43 du *Code criminel* était discriminatoire. D'après la juge Deschamps, cette disposition «perpétue l'idée que les enfants sont des possessions plutôt que des êtres humains»<sup>16</sup>. Alors que le juge Binnie n'aurait invalidé la disposition contestée qu'à l'égard de la défense offerte aux instituteurs, la juge Deschamps était d'avis qu'aucune des exceptions prévues à l'article 43 du *Code criminel* n'était justifiée. En ce qui concerne le facteur contextuel qui nous intéresse plus particulièrement, les juges Binnie et Deschamps retenaient tous deux que l'article 43 du *Code criminel* ne répondait aucunement aux besoins des enfants. Au contraire, cette disposition contribuerait à accentuer le désavantage préexistant subi par ce groupe vulnérable dont l'accès à la justice serait déjà limité<sup>17</sup>. Selon le juge Binnie, ce facteur devait atteindre son objectif initial sans que des considérations relevant de l'article premier ne soient introduites à cette occasion.

[...] le facteur de la «correspondance» risque de raviver le débat sur la «pertinence» soulevé dans les années 1990, dans le cadre duquel certains membres de la Cour ont soutenu qu'un demandeur invoquant les droits garantis par le par. 15(1) pouvait être débouté s'il était démontré que le motif de la plainte était «pertinent» pour la réalisation d'un objectif législatif légitime.<sup>18</sup>

Détourné de son objectif premier, le facteur de correspondance a permis à la majorité de conclure que l'article 43 du *Code criminel* «ne porte pas arbitrairement atteinte à la dignité» des enfants puisque la distinction attaquée

---

14. Le troisième facteur n'était pas applicable en l'espèce.  
15. *Canadian Foundation*, *supra* note 2 aux para. 58-59.  
16. *Ibid.*, au para. 231.  
17. *Ibid.*  
18. *Ibid.*, au para. 98.

serait raisonnable ou pertinente quant à la réalisation des objectifs législatifs qu'elle venait d'identifier<sup>19</sup>. Est-ce à dire que l'article 15(1) de la *Charte* comporte une limite intrinsèque et que l'égalité ne saurait exister indépendamment des objectifs législatifs et, par conséquent, des distinctions perçues comme étant pertinentes? Si la protection de l'unité familiale est un objectif légitime à considérer, il doit être envisagé sous l'angle de la justification de l'article premier et non dans le cadre de l'article 15(1) de la *Charte*. Prenant comme point de départ l'application du facteur de correspondance dans cette décision controversée, nous entendons établir que les craintes exprimées par le juge Binnie sont non seulement fondées, mais qu'elles exigent que ce facteur contextuel soit reformulé de façon à ce que l'esprit de l'article 15(1) de la *Charte* soit respecté.

### III. Le facteur de correspondance et la consécration de l'égalité réelle

Il y a discrimination lorsqu'une distinction fondée sur les caractéristiques personnelles d'un individu lui impose un fardeau que d'autres n'ont pas à assumer ou le prive d'un avantage auquel d'autres ont droit. Cette définition inspirée de l'arrêt *Andrews* demeure inchangée<sup>20</sup>. Les quatre facteurs contextuels formulés dans l'arrêt *Law* permettent simplement d'apprécier de façon plus ordonnée la notion de discrimination, mais leur avènement n'a en rien modifié l'essence de l'article 15(1) de la *Charte* qui a pour fonction de veiller à ce que chacun puisse s'épanouir au sein de la société canadienne sans que des distinctions réelles ou perçues ne portent ombrage à sa dignité<sup>21</sup>. Ce qui relève maintenant de l'évidence n'était pas ignoré du temps de l'arrêt *Andrews*. Lorsque la distinction opérée par l'article 43 du *Code criminel* est envisagée d'après la définition formulée par le juge McIntyre, elle paraît immédiatement discriminatoire puisqu'elle a pour effet de priver les jeunes victimes de la protection généralement offerte par le droit criminel<sup>22</sup>. Le facteur de correspondance aura néanmoins suffi pour que la majorité considère que cette disposition n'était pas discriminatoire.

---

19. *Ibid.*, au para. 68; voir aussi *Gosselin c. Québec (P. G.)*, [2002] 4 R.C.S. 429 aux para. 38, 56-57 (juge en chef McLachlin).

20. *Andrews*, *supra* note 3.

21. *Ibid.* à la p. 174.

22. *Canadian Foundation*, *supra* note 2 au para. 89.



L'importance d'observer le rapport entre le motif à l'origine de la distinction attaquée et les besoins, les capacités ou la situation du demandeur avait été pressentie par la Cour suprême avant même que le facteur de correspondance ne soit formulé dans *Law*<sup>23</sup>. En partie inspiré de la philosophie sous-jacente à l'arrêt *Andrews*, ce facteur semblait uniquement destiné à reconnaître que la véritable égalité devait, en certaines circonstances, être assurée par un traitement distinct<sup>24</sup>. Les distinctions qui ont pour but de redresser les inégalités, créées par la nature ou engendrées par les préjugés, sont en parfaite harmonie avec l'objet de l'article 15(1) de la *Charte*<sup>25</sup>. Il est plus aisé de conclure que certaines dispositions sont discriminatoires lorsqu'elles «omettent de tenir compte de la situation véritable d'un demandeur, et plus difficile si les dispositions répondent adéquatement aux besoins, aux capacités et à la situation du demandeur»<sup>26</sup>. De la même manière, une disposition qui a pour objet ou pour effet d'améliorer le sort de certains individus ne porte pas atteinte à la dignité de personnes plus favorisées «si l'exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives»<sup>27</sup>.

Dans *Law*, tout comme dans *Canadian Foundation*, l'âge était le motif de discrimination invoqué<sup>28</sup>. Dans l'affaire *Law*, le Régime de pension du Canada était contesté puisqu'il avait pour effet de priver de prestation le conjoint survivant qui, apte au travail et sans enfant, était âgé de moins de 35 ans. La Cour suprême, sous la plume de l'honorable juge Iacobucci, a d'abord retenu que le Régime de pension n'était pas destiné à offrir un soutien financier à court terme, mais qu'il devait plutôt assurer aux veufs et aux veuves plus âgés un

- 
23. *Law*, *supra* note 1 au para. 69; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769 au para. 43 [*Lavoie*]. Dans les arrêts *Law* et *Lavoie*, les décisions suivantes ont été identifiées comme ayant inspiré la formulation du facteur de correspondance : *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219 [*Brooks*]; *Weatherall c. Canada (P. G.)*, [1993] 2 R.C.S. 872 [*Weatherall*]; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 [*Eaton*]; *Eldridge c. Colombie-Britannique (P. G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624 [*Eldridge*].
24. *Andrews*, *supra* note 3.
25. Voir, par exemple *Lavoie*, *supra* note 23 au para. 23.
26. *Law*, *supra* note 1 au para. 70.
27. *Ibid.*, au para. 72.
28. *Ibid.*; *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

revenu suffisant pour qu'ils subviennent à long terme à leurs besoins<sup>29</sup>. D'un point de vue statistique, les jeunes de moins de 35 ans auraient davantage de facilité que leurs aînés à remplacer le revenu perdu suite au décès de leur conjoint<sup>30</sup>. Des besoins, des capacités et une situation différentes exigeaient une réponse législative différente pour que les individus qui formaient le groupe de comparaison accèdent à l'égalité réelle en obtenant une forme de sécurité financière que les moins de 35 ans obtiennent plus facilement. Considérant que la distinction fondée sur l'âge n'avait pas pour effet de véhiculer des stéréotypes ou des préjugés à l'égard des personnes âgées de moins de 35 ans, tout comme elle ne supportait pas l'idée que ces dernières étaient moins dignes que leurs aînés, la Cour a refusé d'intervenir pour annuler la disposition contestée. L'objectif législatif n'est donc pas entièrement étranger à l'examen que requiert l'article 15(1) de la *Charte*. Cela dit, à cette étape de l'analyse, le bien-fondé d'un objectif législatif ne saurait autoriser les tribunaux à justifier ce qui est par ailleurs discriminatoire.

Une disposition ne peut être invalidée que si les deux étapes du test élaboré dans l'arrêt *R. c. Oakes* [*Oakes*] sont franchies avec succès<sup>31</sup>. Il revient en premier lieu au demandeur d'établir qu'une disposition porte atteinte à un droit garanti et, lorsqu'il s'est déchargé de ce fardeau, il appartient ensuite au gouvernement de justifier cette dérogation par le biais de l'article premier. Le gouvernement doit d'abord établir que l'objectif législatif est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté et ensuite démontrer que le moyen choisi pour atteindre cet objectif est raisonnable<sup>32</sup>. La présence d'une clause échappatoire, absente de la *Déclaration canadienne des droits* [*Déclaration canadienne des droits*], exige que le droit garanti par l'article 15(1) de la *Charte* soit défini et limité en conséquence<sup>33</sup>. Ainsi, bien que cela ne se fasse pas toujours aisément, il est important de maintenir la séparation

---

29. *Law*, *supra* note 1 au para. 100.

30. *Ibid.*, au para. 102.

31. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

32. *Ibid.*, au para. 89; voir aussi *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

33. *Andrews*, *supra* note 3 à la p. 177; *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III.

analytique des articles 15(1) de la *Charte* et 1 afin que le citoyen n'ait pas à assumer un fardeau de preuve plus lourd que celui qui est déjà le sien<sup>34</sup>.

Pourtant, dans *Canadian Foundation*, le facteur de correspondance a permis à la majorité d'introduire des considérations qui relèvent de l'article premier de la *Charte* alors que l'examen requis par l'article 15(1) n'était pas encore achevé. Nous avons vu que d'après la majorité, l'article 43 du *Code criminel* répond adéquatement aux besoins des enfants. Ces besoins seraient de deux ordres. D'abord, le législateur et l'exécutif répondraient à leurs besoins en s'assurant qu'ils puissent vivre dans un milieu sûr<sup>35</sup>. Vraisemblablement, l'article 43 du *Code criminel* ne joue aucun rôle nécessaire en ce domaine si ce n'est qu'il condamne l'emploi d'une force déraisonnable, alors même que d'autres dispositions du *Code criminel* offrent davantage de protection. D'autre part, les enfants ont besoin d'évoluer dans un milieu stable au sein duquel parents et instituteurs s'assurent de leur protection et de leur éducation<sup>36</sup>. De l'avis de la majorité, l'article 43 du *Code criminel* «donne aux parents et aux instituteurs la capacité d'éduquer raisonnablement l'enfant sans encourir des sanctions pénales»<sup>37</sup>. L'intervention du droit criminel, dans les cas exclus par le biais de l'article 43 du *Code criminel*, serait alors susceptible de mettre en péril la stabilité des familles<sup>38</sup>. S'il est vrai que l'article 43 du *Code criminel* ne soustrait au contrôle de la justice que les gestes à vocation éducative impliquant l'emploi d'une force raisonnable et transitoire, qui bénéficie le plus directement des largesses de cette disposition si ce n'est ceux qui évitent une condamnation?

À l'instar de la *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, un nombre croissant de canadiens estiment que l'article 43 du *Code criminel* est un anachronisme et que les formes de châtiments corporels qui ont pu être autorisés à une certaine époque sont aujourd'hui inacceptables<sup>39</sup>. Cela

---

34. *Andrews*, *supra* note 3 à la p. 178; voir aussi *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519 au para. 10.

35. *Canadian Foundation*, *supra* note 2 au para. 58.

36. *Ibid.*, aux para. 58-59.

37. *Ibid.*, au para. 59.

38. *Ibid.*, au para. 59.

39. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Réaction de la commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse au jugement de la Cour suprême sur l'article 43 du Code criminel*, Québec, CDPDJ, 2004, en ligne : CDPDJ

étant dit, d'après les experts entendus en première instance, la preuve empirique ne permettrait pas d'établir que les châtimements corporels «décriminalisés» par le biais de l'article 43 du *Code criminel* ont sur les enfants un impact négatif à long terme<sup>40</sup>. Au niveau des experts, il y avait cependant consensus sur le fait qu'une intervention impromptue du droit criminel en de telles circonstances causerait davantage de tort que de bien et entraverait les efforts déployés par les parents pour éduquer leurs enfants<sup>41</sup>. Pourtant, comme le mentionnait le juge Binnie, cela n'a que peu à voir avec le fait que les châtimements corporels puissent porter atteinte à la dignité de l'enfant pour qui de tels gestes demeurent humiliants et irrespectueux<sup>42</sup>. Comme le soulignait l'honorable juge Arbour dans son opinion dissidente, à une certaine époque, un large consensus social permettait à un époux d'infliger des châtimements corporels à sa conjointe<sup>43</sup>. Aurait-on encore idée d'invoquer, en de telles circonstances, le caractère raisonnable et transitoire d'un geste par ailleurs constitutif de voie de fait afin d'éviter que l'intervention du droit criminel ne disloque les familles?

Le facteur de correspondance, tel que l'avait envisagé la Cour dans l'arrêt *Law*, aurait exigé que la majorité s'interroge sur l'utilité ou l'efficacité des châtimements corporels. Il aurait été possible de conclure que l'article 43 du *Code criminel* correspond aux besoins des enfants si la preuve avait révélé que l'emploi d'une force raisonnable était nécessaire, ou à tout le moins utile, d'un point de vue disciplinaire ou éducationnel. Or, après avoir entendu de nombreux témoins experts, le juge de première instance a précisé qu'aucun d'entre eux n'avait prétendu que les châtimements corporels étaient nécessaires pour atteindre de telles fins. Quoique l'usage d'une force raisonnable puisse être utile pour gérer à court terme les situations de crise, d'autres mesures punitives seraient tout aussi efficaces<sup>44</sup>. Partant de ce principe, l'honorable juge Deschamps

---

[http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/correction\\_enfant\\_reaction.pdf](http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/correction_enfant_reaction.pdf).

40. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (A. G.)*, [2000] O.J. No. 2535 au para. 20 [*Canadian Foundation*, CS].

41. *Ibid.*, au para. 17.

42. *Canadien Foundation*, *supra* note 2 au para. 107. Le juge Binnie faisait alors référence à un rapport déposé par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, intervenante au dossier.

43. *Ibid.*, au para. 172.

44. *Canadian Foundation*, CS, *supra* note 40 au para. 17.

retenait que l'on ne pouvait «soutenir sérieusement que les enfants ont besoin de châtiments corporels pour croître et apprendre»<sup>45</sup>.

Appliqué par la majorité, le facteur de correspondance ne semble offrir qu'une occasion de faire varier le résultat selon l'objectif législatif invoqué en donnant préséance à la réalisation d'un but perçu comme étant socialement valide et ce, au détriment même de la réalisation de l'objet de la garantie de l'article 15(1) de la *Charte*. L'approche préconisée par la majorité exige en réalité du demandeur qu'il établisse que le motif à l'origine de la distinction ou de la classification opérée par la disposition est non pertinent par rapport à l'objectif législatif. Vraisemblablement, tel n'était pas le but initial que devait atteindre le facteur de correspondance.

#### **IV. Un facteur sous influence ou les pièges de la pertinence**

La mise en œuvre contemporaine du facteur de correspondance engendre des périls qui appartiennent à une autre époque. Ces difficultés sont de deux ordres et participent à la fusion des articles 15(1) et 1 de la *Charte*. L'honorable juge Binnie a identifié la première en faisant mention du débat engagé lors de la trilogie de 1995<sup>46</sup>. Pour des considérations similaires, la hantise que provoque un retour subtil à la doctrine de la situation analogue est à l'origine de notre seconde préoccupation. Dans un cas comme dans l'autre, le demandeur se voit dans l'obligation d'établir que le motif de distinction à l'origine de sa plainte est non pertinent aux fins de la réalisation de l'objectif législatif déclaré par l'État.

En 1995, dans les arrêts *Miron c. Trudel* [*Miron*], *Egan c. Canada* (*P. G.*) [*Egan*] et *Thibaudeau c. Canada* (*P. G.*), la Cour, divisée en plusieurs factions, témoignait de la faiblesse des lignes directrices établies dans l'arrêt

---

45. *Canadian Foundation*, *supra* note 2 au para. 230.

46. *Ibid.*, au para. 98. Il s'agit d'un lien que certains auteurs avaient auparavant effectué, voir à cet effet Jennifer Koshan, «Alberta (Dis)Advantage : The Protection of Children Involved in Prostitution Act and the Equality Rights of Young Women» (2003) 2 J.L. & Equality 210 à la p. 244 [Koshan]; Beverley Baines, «Formatting equality» (2000) 11 Constitutional Forum 65 à la p. 77 [Baines].

*Andrews*<sup>47</sup>. Le groupe formé des juges McLachlin, Sopinka, Cory et Iacobucci a essentiellement défendu le test développé dans l'arrêt *Andrews* alors que les juges Gonthier, Lamer, Laforest et Major adoptaient le test en trois étapes qu'avait élaboré le juge Gonthier dans l'arrêt *Miron*<sup>48</sup>. Ce dernier test exigeait du demandeur qu'il établisse que la loi faisait une distinction, que cette distinction lui imposait un fardeau supplémentaire ou lui retirait un avantage et que la distinction contestée était fondée sur une caractéristique personnelle non pertinente, représentant l'un des motif énuméré ou analogue de l'article 15(1) de la *Charte*<sup>49</sup>.

Les juges McLachlin, Sopinka, Cory et Iacobucci n'ont pas entièrement exclu la possibilité d'évaluer la pertinence du motif sur lequel est fondée une différence de traitement puisque, en certains cas limités, cette évaluation peut indiquer que la distinction attaquée repose sur des stéréotypes ou des préjugés. À cette occasion, la juge McLachlin a toutefois ajouté que l'effet de la distinction, étudié «dans le contexte social et économique de la loi»<sup>50</sup>, était l'ultime indicateur de la présence d'une disposition discriminatoire. De la même manière, le facteur de correspondance reflète ces préoccupations puisqu'une

---

47. *Andrews*, *supra* note 3; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 [*Miron*]; *Egan c. Canada (P. G.)*, [1995] 2 R.C.S. 513 [*Egan*]; *Thibaudeau c. Canada (P. G.)*, [1995] 2 R.C.S. 627 [*Thibaudeau*]. Dans l'affaire *Miron*, la définition du terme conjoint de la police-type d'assurance automobile de l'Ontario était contestée pour le motif qu'elle excluait les conjoints de fait. La majorité de la Cour a conclu qu'il y avait atteinte à l'article 15(1) et que celle-ci n'était pas justifiée. Dans *Egan*, la définition du terme conjoint était aussi remise en question puisque la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. 1985, c. O-9, ne visait que les unions hétérosexuelles. Les juges majoritaires ont conclu qu'il y avait violation de l'article 15(1) de la *Charte*, mais que celle-ci était justifiée. Enfin, dans l'affaire *Thibaudeau*, la majorité des membres de la Cour a conclu que la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> supp.) c. 1, n'était pas discriminatoire bien qu'aux termes de celle-ci, les parents gardiens, la plupart du temps des femmes, devaient assumer un fardeau fiscal supplémentaire en déclarant, dans leur déclaration d'impôt, les sommes reçues à titre de pension alimentaire pour enfants.

48. Comme l'a souligné un auteur, les juges faisant partie de cette formation n'ont pas adopté une position totalement uniforme, voir Craig D. Bavis, «*Vriend v. Alberta, Law v. Canada, Ontario v. M. and H. : The Latest Steps on the Winding Path to Substantive Equality*» (1999) 37 Alta. L. Rev. 683 au para. 37 [Bavis].

49. *Miron*, *supra* note 47 au para. 13.

50. *Ibid.*, au para. 133.

distinction ne pourra pas correspondre à la situation d'un demandeur si elle repose sur une perception erronée ou stéréotypée des personnes visées<sup>51</sup>.

Si la Cour suprême peut aisément sanctionner les distinctions fondées sur des préjugés ou des stéréotypes, il en est tout autrement en ce qui concerne les distinctions illicites fondées sur des caractéristiques personnelles bien réelles<sup>52</sup>. Nous avons vu que dans ce cas, un traitement différent peut être indiqué tant qu'il correspond aux besoins, aux capacités ou à la situation du demandeur. Or, d'après le critère de la pertinence, ce n'est pas la situation du demandeur qui est envisagée en tant qu'indicateur de l'égalité réelle, mais bien l'objectif législatif. Lorsque l'objectif législatif n'est pas en lui-même discriminatoire, le caractère logique de la distinction et le lien qu'elle entretient avec cet objectif permet de conclure que la disposition contestée ne porte pas atteinte à l'article 15(1) de la *Charte*<sup>53</sup>.

Se pose dès lors la question du degré de pertinence requis, tant par la troisième étape de l'analyse proposée par le juge Gonthier que par le facteur de correspondance tel qu'appliqué par la majorité dans *Canadian Foundation*<sup>54</sup>. Comme l'a déjà constaté la juge L'Heureux-Dubé, il s'agit d'un exercice de pondération qui doit s'effectuer à la lumière du critère de la proportionnalité de l'article premier de la *Charte*<sup>55</sup>. En examinant si la distinction a un lien rationnel

---

51. D'aucuns pourraient prétendre que ce raisonnement est tautologique puisque si un motif de distinction correspond aux besoins ou à la situation du demandeur, la conclusion selon laquelle cette distinction ne repose pas sur des préjugés ou des stéréotypes s'impose d'emblée.

52. Voir par exemple *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906. Dans cet arrêt, qui fut l'un des précurseurs de la trilogie, la Cour a conclu que l'article 146(1) C.cr. n'était pas discriminatoire alors qu'il prévoyait que toute personne de sexe masculin était coupable d'un acte criminel s'il avait des rapports sexuels, impliquant pénétration, avec une jeune fille de moins de 14 ans. En s'attachant aux réalités biologiques plutôt qu'aux effets de la distinction, la Cour a privé les jeunes hommes de la protection offerte par le droit criminel contre des gestes à caractère sexuel qui peuvent être commis tant par un homme que par une femme. À la p. 930, l'honorable juge Wilson se disait d'avis que le législateur devait pouvoir décider si une femme qui a des rapports sexuels avec un garçon âgé de moins de quatorze ans «mérite la même désapprobation sociale qu'un homme qui a des rapports sexuels avec une jeune fille de moins de quatorze ans».

53. *Miron*, *supra* note 47 au para. 15.

54. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

55. *Egan*, *supra* note 47 au para. 44.

avec l'objectif législatif, si la loi porte le moins possible atteinte au droit en cause et s'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les bénéfices escomptés, le gouvernement peut démontrer que le motif de distinction est pertinent, «dans une mesure proportionnelle quant à l'objectif de la loi»<sup>56</sup>. Lorsque l'on exige du demandeur qu'il établisse que le motif de distinction n'est pas suffisamment pertinent au regard de l'objectif législatif, celui-ci doit alors se prononcer sur le caractère rationnel du lien qu'entretient l'objectif législatif avec le moyen adopté pour l'atteindre<sup>57</sup>. En d'autres termes, le demandeur doit se prononcer sur le caractère raisonnable de la classification opérée par la loi. Il ne s'agit en fait que d'une nouvelle variante de la doctrine de la situation analogue, modèle d'analyse que la Cour suprême avait pourtant refusé d'adopter<sup>58</sup>.

Dans l'arrêt *Andrews*, la Cour a été confrontée à trois modèles d'interaction des articles 15(1) et 1 de la *Charte*<sup>59</sup>. La conception du professeur Hogg voulait que toute distinction soit considérée discriminatoire<sup>60</sup>. Le second modèle, proposé en Cour d'appel par la juge McLachlin, autorisait l'examen du caractère raisonnable et juste de la loi. Rejetant du même coup l'approche adoptée sous la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour a jeté son dévolu sur la méthode des motifs énumérés ou analogues du juge Hugessen<sup>61</sup>. Alors que la conception de Hogg avait pour effet de banaliser l'objectif poursuivi par l'article 15(1) de la *Charte*, celle que préconisait la juge McLachlin, inspirée de la doctrine de la situation analogue, impliquait que la majeure partie de l'examen soit effectuée sous l'article 15(1)<sup>62</sup>.

Le critère de la situation analogue n'est en fait qu'une reformulation du principe aristotélicien de l'égalité formelle<sup>63</sup>. D'après cette conception, les individus se trouvant dans une situation similaire doivent être traités de la même

---

56. *Ibid.*, aux para. 73-75; *Oakes*, *supra* note 31.

57. Koshan, *supra* note 46 à la p. 245.

58. Baines, *supra* note 46 à la p. 71.

59. *Andrews*, *supra* note 3 aux pp. 178-181.

60. Peter Hogg, *Constitutional law of Canada*, Student Edition, Toronto, Carswell, 2004 à la p. 1092 [Hogg].

61. *Andrews*, *supra* note 3 à la p. 182.

62. *Andrews*, *supra* note 3 aux pp. 181-182.

63. *Ibid.* aux pp. 166, 168-169.



manière alors qu'à l'inverse, ceux qui ne sont pas dans une situation similaire peuvent recevoir un traitement différent en fonction de ce qui les distingue<sup>64</sup>. Appliquée de façon stricte, cette méthode évacue de l'examen toute considération de la nature de la loi<sup>65</sup>. Une loi immorale serait donc parfaitement licite en autant qu'elle traite de façon aussi amoral tous ceux qui possèdent les caractéristiques personnelles visées par le législateur. Il va sans dire que cette approche fut impérieusement rejetée par la Cour<sup>66</sup>.

Cela dit, la doctrine de la situation analogue a subi quelques changements depuis sa formulation initiale pour s'éloigner quelque peu de la conception aristotélicienne de l'égalité tout en se rapprochant du critère de la pertinence<sup>67</sup>. La doctrine moderne de la situation analogue ou de la classification raisonnable, développée aux États-Unis, autorise l'examen de l'objectif de la loi ou de la disposition contestée et, par le fait même, de la classification opérée<sup>68</sup>. Dans leur célèbre article, les auteurs Tussman et TenBroek ont décrit ce modèle en faisant part de cette évolution :

---

64. Hogg, *supra* note 60 à la p. 1088.

65. Andrews, *supra* note 3 à la p. 166 : «Le critère formulé comporte cependant un grave défaut en ce qu'il exclut toute considération de la nature de la loi. Appliqué au pied de la lettre, il pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Adolf Hitler. Un traitement analogue était prévu pour tous les Juifs. Le critère de la situation analogue aurait justifié le principe formaliste du "séparé mais équivalent"».

66. *Ibid.* à la p. 168.

67. Bavis, *supra* note 48 au para. 42; Dale Gibson, *The law of the Charter: Equality rights*, Calgary, Carswell, 1990 à la p. 73 [Gibson]; Pierre Blache, «Les difficiles rapports du paragraphe 15(1) et de l'article 1 de la Charte canadienne», dans *Les mélanges Gérard-A. Beaudoin : Les défis du constitutionnalisme*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2002 aux pp. 8-9 [Blache, «Rapport»]; L'honorable Kenneth H. Fogarty, *Equality rights and their limitations in the Charter*, Toronto, Carswell, 1987 aux pp. 2-3.

68. Hogg, *supra* note 60 aux pp. 1088-1090. Le professeur Hogg distingue deux formes d'évolution de la conception aristotélicienne de l'égalité : la situation analogue et la doctrine de la classification raisonnable alors que certains auteurs assimilent ces deux notions. D'après le professeur Hogg, selon la doctrine de la situation analogue, une distinction est considérée discriminatoire lorsqu'un individu reçoit un traitement moins avantageux que celui offert à ceux qui se trouvent dans une situation similaire. La doctrine de la classification raisonnable, moins primaire, permet l'examen de l'objectif législatif. Cette dernière représente la forme la plus achevée du test de la situation analogue; voir aussi Bavis, *supra* note 48 au para. 44; David Lepofsky et Hart Schwartz, «An Erroneous Approach to the Charter's Equality Guarantee : *R. v. Hertel*» (1988) 67 R. du B. can. 115 aux pp. 120-121.

The essence of that doctrine can be stated with deceptive simplicity. The constitution does not require that things different in fact be treated in law as though they were the same. But it does require, in its concern for equality, that those who are similarly situated be similarly treated. The measure of the reasonableness of a classification is the degree of its success in treating similarly those similarly situation [...]  
A reasonable classification is one which includes all persons who are similarly situated with respect to the purpose of the law.<sup>69</sup>

Contrairement au facteur de correspondance développé dans *Law* qui, par le biais d'un traitement distinct, permet à certains d'accéder à l'égalité réelle, la doctrine moderne de la situation analogue et le critère de la pertinence ne s'intéressent qu'aux stéréotypes; les distinctions fondées sur les mérites ou les capacités sont plus facilement autorisées puisque justifiées par la réalité<sup>70</sup>. Le facteur de correspondance, tel qu'appliqué dans *Canadian Foundation*, entraîne des préoccupations similaires<sup>71</sup>. Qualifiées de non discriminatoires puisque justifiées par la réalité des caractéristiques sur lesquelles elles sont fondées ainsi que par la poursuite d'un objectif législatif louable, certaines distinctions ne seront jamais soumises au test que requiert l'article premier. Qui plus est, l'intrusion de l'objectif législatif autorise en quelque sorte les atteintes non intentionnelles au droit à l'égalité alors que de bonnes intentions ne sauraient justifier un traitement qui, selon l'article 15(1) de la *Charte*, serait par ailleurs discriminatoire<sup>72</sup>.

Il convient d'autre part de s'attacher au message que transmet la Cour lorsqu'elle impose des limites qu'elle suppose être inhérentes à l'article 15(1) de la *Charte*. À cet égard, l'exemple de l'arrêt *Egan* est éloquent<sup>73</sup>. Dans cette affaire, la majorité de la Cour avait estimé que la *Loi sur la sécurité de la*

---

69. Joseph Tussman et Jacobus Tenbroek, «The equal protection of the laws» (1949) 37 Cal. L. Rev. 341 aux pp. 344, 346.

70. Gibson, *supra* note 67; voir par exemple *Hess*, *supra* note 52.

71. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

72. Kim, *supra* note 6 au para. 45; voir aussi *Gosselin*, *supra* 19 au para. 113, où les juges minoritaires mettent en garde leurs collègues contre un examen trop hâtif de l'objectif législatif qui ignorerait les effets préjudiciables causés par la distinction.

73. *Egan*, *supra* note 47.

*vieillesse*<sup>74</sup> était discriminatoire puisqu'elle excluait les conjoints de fait homosexuels. Quoi que la majorité ait fait preuve de déférence à l'égard du législateur en considérant que cette violation était justifiée, le résultat de l'analyse requise par l'article 15(1) est significatif. Pour les juges Cory et Iacobucci, cette distinction n'était aucunement fondée sur les besoins des personnes exclues et elle avait pour effet de perpétuer le stéréotype selon lequel les couples homosexuels ne pouvaient former une union à long terme caractérisée par une interdépendance financière<sup>75</sup>. Le juge Cory a d'ailleurs précisé qu'à l'instar des conjoints de fait hétérosexuels, les conjoints homosexuels devraient pouvoir choisir d'être publiquement reconnus afin d'être couverts par le régime, d'autant plus que l'on sait pertinemment que «[l]a reconnaissance et l'acceptation publiques des homosexuels en tant que couple peut se révéler d'une extrême importance pour eux et pour la société dans laquelle ils vivent»<sup>76</sup>.

Le message transmis par les juges Lamer, LaForest, Gonthier et Major était quant à lui fort différent. D'après cette formation, les couples exclus ne souffraient d'aucune discrimination puisqu'ils ne pouvaient tout simplement pas satisfaire aux objectifs sociaux que cherchait à promouvoir le législateur. Non sans ambiguïté, le juge LaForest a indiqué que le mariage était par nature hétérosexuel et que, considérant que cette institution était d'une importance considérable pour la stabilité et le bien être des familles, le législateur pouvait choisir de lui offrir son soutien exclusif<sup>77</sup>. Par contre, s'agissant toujours de «promouvoir une politique d'intérêt public primordiale pour la société»<sup>78</sup>, les conjoints de fait hétérosexuels mériteraient une attention identique de la part du gouvernement puisque, tout comme au sein de l'institution maritale, ils peuvent vivre ensemble indéfiniment, élever des enfants et être financièrement interdépendants. La distinction entre conjoints de fait hétérosexuels et conjoints de fait homosexuels ne serait pas arbitraire puisqu'elle serait «fondée sur une

---

74. *Supra* note 47.

75. *Ibid.*, au para. 180; voir aussi *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 aux para. 58-60, 70.

76. *Egan*, *supra* note 47 au para. 160.

77. *Ibid.*, au para. 21; contra *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698. Dans le *Renvoi*, l'arrêt *Egan* n'est pas mentionné.

78. *Egan*, *supra* note 47 au para. 20.

relation sociale, une unité sociale fondamentale pour la société»<sup>79</sup>. À la lueur de ces motifs, peut-on prétendre que les conjoints homosexuels étaient néanmoins considérés comme étant dignes d'être reconnus en tant que membres de la société canadienne? De la même manière, si la sauvegarde de l'unité familiale est un objectif légitime qui pouvait permettre au juge Binnie de conclure que l'article 43 du *Code criminel* était justifié, le fait qu'il ait relégué cette considération à l'examen que requiert l'article premier a eu pour effet de transmettre le message que, dans notre société, les enfants ne sont pas considérés comme des «citoyens de deuxième classe»<sup>80</sup>.

Sur le plan théorique, la doctrine de la situation analogue et la troisième étape du test adopté par les juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major comportent certaines difficultés qui ne sont pas étrangères à celles rencontrées lors de l'application du facteur de correspondance. Ces approches permettent essentiellement d'ignorer le fait qu'une distinction, quoique pertinente, puisse avoir un effet discriminatoire<sup>81</sup>. La juge L'Heureux-Dubé, qui faisait bande à part dans la trilogie, a d'ailleurs vertement critiqué cette position. Ce faisant, elle a reconnu qu'un objectif législatif pouvait être en lui-même discriminatoire et que, même valide, cet objectif pouvait engendrer des effets discriminatoires<sup>82</sup>. Dans l'arrêt *Law*, sans avoir fait mention de la trilogie, la Cour suprême a d'ailleurs rejeté en partie l'approche des juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major :

L'accent doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la mesure a pour effet de violer la dignité humaine. Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1).<sup>83</sup>

---

79. *Ibid.*, au para. 27.

80. *Ibid.*, au para. 109; voir aussi *R. c. Ogg-Moss*, [1984] 2 R.C.S. 173 à la p. 187.

81. Voir Koshan, *supra* note 46 aux pp. 244-245.

82. *Egan*, *supra* note 47 à la p. 43.

83. *Law*, *supra* note 1 au para. 70.

Dans *Canadian Foundation*, la majorité de la Cour n'a-t-elle pas, contrairement à cet énoncé de principe, donné préséance à la réalisation d'un but perçu comme étant socialement valide et ce, au détriment de la réalisation de l'objet de la garantie de l'article 15(1) de la *Charte*? Dans l'arrêt *Egan*, la protection de l'unité maritale a permis aux juges Gonthier et Lamer de conclure que la disposition attaquée ne portait pas atteinte à la dignité du demandeur. De la même manière, la protection de l'unité familiale dans *Canadian Foundation* a permis à la majorité de conclure que les enfants, pourtant privés de la protection généralement offerte par le droit criminel, ne souffraient d'aucune discrimination.

Par ailleurs, le critère de la pertinence et la doctrine de la situation analogue entraînent la Cour dans un raisonnement tautologique. Comme la juge McLachlin l'a elle-même souligné dans *Miron* : «[u]ne fois définies les valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi par rapport au motif de discrimination allégué, il s'ensuit nécessairement que le fondement de la distinction est pertinent relativement à l'objet de la loi»<sup>84</sup>. Selon la doctrine de la situation analogue, le caractère raisonnable d'une classification se mesure d'après l'objectif de la loi<sup>85</sup>. Or, il est relativement aisé de manipuler l'objectif législatif de façon à ce que soit considéré raisonnable le fait qu'un groupe soit exclu ou visé, selon le cas, en raison de caractéristiques communes :

---

84. *Miron*, *supra* note 47 au para. 134 (juge McLachlin); Blache, «Rapport», *supra* note 67 à la p. 14. Selon le professeur Blache, le critère de la pertinence ne serait pas circulaire puisque, contrairement à leurs collègues, les juges Gonthier, Lamer, LaForest et Major ne faisaient pas référence au rapport entre l'objectif législatif et les caractéristiques personnelles invoquées, mais bien au rapport entre ces caractéristiques et les valeurs sous-jacentes à la loi contestée. Ces valeurs sous-jacentes, contrairement à l'objectif législatif, pourraient être identifiées sans que le gouvernement n'intervienne *a posteriori* pour justifier son action puisqu'elles «paraissent bien transcender l'activité législative au sens d'en être indépendantes». À notre humble avis, le raisonnement demeure circulaire puisqu'en pratique, il s'avère difficile de concevoir que les valeurs sous-jacentes d'une loi puissent être identifiées indépendamment de la volonté législative; voir aussi Baines, *supra* note 46 à la p. 71.

85. Voir Colleen Sheppard, «The «I» in the «It»: Reflections on a Feminist Approach to Constitutional Theory» dans *Feminist Legal Theory*, Toronto, Edmond Montgomery publications, 1991, 81 à la p. 85.

It is always possible to define the legislative purpose of a statute in such a way that the statutory classification is rationally related to it. [...] A statute's classifications will be rationally related to such a purpose because the reach of the purpose has been derived from the classifications themselves. Legislative purpose so defined is nearly tautological but it is also the purpose suggested by the plain terms of a statute.<sup>86</sup>

Dans *Canadian Foundation*, la majorité de la Cour n'a-t-elle pas erré en retenant que l'objet de l'article 43 du *Code criminel* ou de ses «valeurs sous-jacentes» était de protéger les jeunes victimes en condamnant l'emploi d'une force déraisonnable, tout en évitant que ne soit compromise l'unité familiale<sup>87</sup>? Il est à tout le moins surprenant de constater qu'un moyen de défense soulevé à l'encontre d'une accusation de voies de fait puisse être considéré comme présentant un réel bénéfice pour les victimes<sup>88</sup>.

Bien qu'aux termes de l'arrêt *Canadian Foundation*, la majorité n'ait pas adopté l'approche des juges Lamer, LaForest, Gonthier et Major, elle semble avoir donné son aval à la troisième étape du test que ces derniers ont proposé. Si l'on devait admettre pareille conception par le biais du facteur de correspondance, il faudrait alors reconnaître que, malgré son libellé, l'article 15(1) de la *Charte* comporte une limite intrinsèque et que, par conséquent, certaines distinctions, bien que préjudiciables, sont néanmoins «justifiées en elles-mêmes»<sup>89</sup>. Le rôle de la clause justificative de la *Charte* serait alors difficile à cerner. En pratique, il serait impossible de conclure qu'une atteinte justifiée sous l'article 15(1) ne le soit pas selon le test de *Oakes*<sup>90</sup>. Pour l'heure, l'incertitude règne quant à savoir si l'article 15(1) de la *Charte* doit tolérer «en

---

86. Robert F. Nagel, «Legislative Purpose, Rationality, and Equal Protection», (1972) 82 Yale L.J. 123 à la p. 128.

87. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

88. *Ibid.* au para. 231 (juge Deschamps).

89. Daniel Proulx, «Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law*: un pas en avant ou un pas en arrière?» (2001) R. du B. 185 à la p. 201 [Proulx, «*Law*»]; voir aussi Koshan, *supra* note 46 aux pp. 244-245; Baines, *supra* note 46 à la p. 77.

90. *Oakes*, *supra* note 31; Baines, *supra* note 46 à la p. 71.

lui-même les distinctions de traitement justifiées par les différences de situation des uns et des autres»<sup>91</sup>.

## V. En guise de conclusion

L'objectif législatif ne devrait avoir qu'un rôle mineur à jouer sous l'article 15(1) de la *Charte*. Qu'il s'agisse du facteur de correspondance ou du facteur qui autorise l'examen de l'objet ou de l'effet d'amélioration que la loi cherche à consentir à un groupe plus défavorisé, les mêmes mises en garde s'imposent<sup>92</sup>. Considérant qu'une «justification mise de l'avant dans le cadre de l'article 15 ne peut être qu'*interne au droit à l'égalité*, c'est-à-dire qu'elle doit être intimement liée à l'objet égalitaire que poursuit cette garantie»<sup>93</sup>, toute question faisant appel à l'évaluation de l'objectif législatif devrait être reléguée à l'article premier.

À l'instar du professeur Blache, il nous apparaît que deux pertinences peuvent et doivent être distinguées, la pertinence externe et la pertinence interne. La pertinence externe réfère aux liens entretenus par le motif de distinction contesté et la réalité de la situation. Elle exclut toute référence à l'objectif de la loi ou à ses valeurs sous-jacentes. Pour sa part, la pertinence interne renvoie précisément aux liens plus ou moins étroits qu'entretiennent le motif à l'origine de la distinction et l'objectif législatif<sup>94</sup>.

De façon similaire, le professeur Proulx suggère que le facteur de correspondance ne peut intervenir que pour redresser les inégalités créées par la nature ou perpétuées par l'homme :

---

91. Proulx, «*Law*», *supra* note 89 à la p. 203.

92. Certains estiment que l'examen que requiert ce dernier facteur devrait s'effectuer sous l'article premier, voir par exemple Donna Greschner, «Does Law advance the cause of equality» (2001) 27 *Queen's L.J.* 299 au para. 21 [Greschner].

93. Proulx, «*Law*», *supra* note 89 à la p. 257.

94. Pierre Blache, «Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et 10 de la *Charte des droits et liberté de la personne*: convergences et divergences» (2003) R. du B. 153 aux pp. 192-193.

Bien compris, ce facteur ne peut alors jouer que dans le contexte où la problématique du nécessaire accommodement se pose pour éviter l'exclusion ou la marginalisation des personnes faisant partie de groupes défavorisés en raison d'une caractéristique personnelle énumérée ou analogue. Par conséquent, lorsque le gouvernement prétend qu'une loi n'est pas discriminatoire, seules les considérations de nature égalitaire liées à l'objet de l'article 15(1) peuvent être invoquées, à savoir : d'une part, que la différence de traitement contestée est requise pour éviter l'exclusion, la marginalisation ou un effet préjudiciable envers le demandeur ou un autre groupe et, d'autre part, qu'elle correspond aux besoins des personnes visées.<sup>95</sup>

Cette interprétation a été entérinée dans l'arrêt *Lavoie c. Canada* et a permis à la Cour de conclure que la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*<sup>96</sup> était discriminatoire puisqu'elle offrait aux citoyens un traitement préférentiel auquel les non citoyens n'avaient pas accès. Bien que la Cour d'appel ait conclu que, compte tenu de l'objectif législatif, le motif de distinction était pertinent, la majorité de la Cour suprême, sous la plume du juge Bastarache, était d'avis que cette analyse ne bénéficiait d'aucun appui jurisprudentiel et qu'elle allait au-delà de ce que le facteur de correspondance exige<sup>97</sup>.

Saisissant cette occasion, le juge Bastarache a souligné que, traditionnellement, le facteur de correspondance devait permettre à certains groupes d'accéder à l'égalité réelle par le biais d'un traitement différent. Pour illustrer son propos, celui-ci a fait brièvement référence aux affaires *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, *Eldridge c. Colombie-Britannique (P. G.)*, *Weatherall c. Canada (P. G.)* et *Brooks c. Canada Safeway Ltd.* Ces décisions qui ont inspiré le juge Iacobucci lors de la formulation du facteur de correspondance<sup>98</sup>. Alors que dans les trois premiers arrêts, les caractéristiques

95. Proulx, «Law», *supra* note 89 à la p. 256.

96. L.R.C. 1985, c. P-33.

97. *Lavoie*, *supra* note 23 aux para. 42-43.

98. *Ibid.*; *Law*, *supra* note 1; *Brooks*, *Weatherall*, *Eaton*, *Eldridge*, *supra* note 23; Dans *Brooks*, un régime collectif d'assurance invalidité était contesté puisqu'il excluait en partie de la couverture offerte les réclamations des employées qui, enceintes, devaient s'absenter de leur travail et ce, que leur absence soit ou non liée à leur grossesse. Pour conclure que le régime d'assurance était discriminatoire, la Cour a simplement reconnu qu'il était injuste que seules les femmes subissent les conséquences, notamment économiques, liées à la grossesse. Dans



personnelles des demandeurs exigeaient du gouvernement qu'il établisse une distinction, dans le dernier cas, un traitement identique était approprié afin que les plaignants accèdent à l'égalité réelle. Considérant que la question ne se posait pas en ces termes dans *Canadian Foundation*, le facteur de correspondance n'aurait pas dû faire varier le résultat de l'examen requis par l'article 15(1) de la *Charte* et ce, d'autant plus que les autres facteurs contextuels indiquaient que la distinction opérée par l'article 43 du *Code criminel* était discriminatoire<sup>99</sup>.

Évaluer et reconstruire continuellement les notions d'égalité et de dignité s'avèrent une lourde tâche. L'arrêt *Canadian Foundation* nous aura à tout le moins permis de démontrer que la pertinence externe avancée lors de la trilogie pourrait bien être à l'origine d'une nouvelle scission au sein des rangs de la Cour suprême<sup>100</sup>. Il faut s'attendre à entrer prochainement dans une nouvelle ère en matière d'égalité, laquelle nous permettra, souhaitons-le, d'éviter que la notion de dignité humaine, concept tout aussi malléable que l'objectif législatif, n'impose de nouvelles limites au droit à l'égalité<sup>101</sup>.

Il conviendrait ultérieurement de s'interroger sur les raisons profondes qui poussent la Cour à restreindre la portée de l'article 15(1). Contrairement aux articles 8 ou 11b) de la *Charte*, l'article 15 ne comporte apparemment pas de limite intrinsèque. En ce sens, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi la Cour,

---

*Weatherall*, l'objectif de la mesure contestée a cependant été considéré sous l'article 15(1) de la *Charte*. La Cour a conclu, de façon laconique, que n'était pas discriminatoire la pratique voulant que les hommes incarcérés puissent être fouillés par des gardiens de prison de sexe féminin, mais que seules des gardiennes de prison puissent fouiller des détenues de sexe féminin. Compte tenu des différences historiques, biologiques et sociologiques entre les hommes et les femmes, une fouille exécutée par une femme sur un détenu de sexe masculin ne soulevait pas les mêmes préoccupations qu'une fouille exécutée par un homme sur une détenue. La Cour ne s'est cependant jamais véritablement demandé si cette différence de traitement portait préjudice aux hommes. Dans *Eldridge*, la Cour a conclu que le refus du gouvernement de financer des services d'interprétation gestuelle dans les établissements de soins de santé était discriminatoire alors que dans l'affaire *Eaton*, la Cour a conclu que le transfert d'une enfant lourdement handicapée dans une classe spécialisée n'était pas discriminatoire.

99. *Canadian Foundation*, *supra* note 2.

100. *Ibid.*

101. Greschner, *supra* note 92 au para. 25; Proulx, «Dignité», *supra* note 6 aux pp. 493-494.

notamment par le biais d'un usage inopportun de la pertinence externe, souhaite imposer de telles limites au droit à l'égalité. La réponse se trouve peut-être dans le caractère spécifique de l'activité législative, laquelle consiste principalement à établir des distinctions<sup>102</sup>. Force nous est d'admettre que concilier l'importance que revêt le maintien de la séparation des pouvoirs et le respect de la valeur fondamentale enchâssée à l'article 15(1) de la *Charte* n'est pas une mince affaire. Les tribunaux sont familiers avec les implications de la justice corrective, mais il en va autrement lorsque leur rôle consiste à remettre en question la distribution des bénéfices ou, selon le cas, des fardeaux imposés à certains groupes par le Parlement<sup>103</sup>.

---

102. *Andrews, supra* note 3 à la p. 194 (juge LaForest).

103. Sheilah Martin, «Balancing individual rights to equality and social goals» (2001) 80 R. du B. can. 299 aux pp. 301-302: «[e]quality claims almost inevitably lead to discussions about judicial deference to legislative choices: equality seekers fear that courts have numerous ways to defer to the legislature, while others argue the courts have endless opportunities to override the will of the people and second guess the actions of elected officials.»

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** L'ABC DE L'INVESTISSEMENT AU MEXIQUE

**Auteur(s) :** Lucie LAPLANTE

**Revue :** RDUS, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 355-379

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11883>

**DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/11883>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## **L'ABC DE L'INVESTISSEMENT AU MEXIQUE**

par Lucie LAPLANTE\*

*Depuis l'entrée en vigueur de l'ALÉNA en 1994, les entrepreneurs et investisseurs québécois et canadiens sont de plus en plus nombreux à faire des affaires au Mexique. Cette chronique offre un aperçu des différentes options qui leur sont offertes et des facteurs à prendre en considération avant d'y investir. L'auteure y présente les différentes formes d'implantation commerciale que sont la succursale, le bureau de représentation, la filiale, le joint venture et l'association en participation. Elle y décrit les différents types de sociétés commerciales et les démarches pour leur constitution, les autres formes d'opérations que sont l'agence, le contrat de distribution et la franchise. L'auteure y aborde d'autres aspects relatifs au droit du commerce extérieur, au droit des migrations et du travail et enfin, au droit de la propriété intellectuelle et industrielle.*

---

*Since the coming into force of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) in 1994, growing numbers of Canadian and Quebec entrepreneurs and investors are doing business in Mexico. This note is intended as an overview of the many options available to them as well as of factors one must consider before investing in Mexico. The writer presents certain commercial approaches which may be utilized including branch offices, agencies, subsidiaries, joint ventures and undeclared partnerships. She describes various types of corporations and the steps to be taken for their constitution. Reference is made to other operational modalities such as commercial agencies, distribution contracts and franchises. The writer also alludes to certain aspects of foreign trade law, to the law relating to migration and labour as well as to intellectual and industrial property law..*

---

\*. L'auteure est membre du Barreau du Québec et exerce au sein du cabinet d'avocats Capín Calderón Ramírez y Gutiérrez-Azpe, S.C., à Mexico. L'auteure désire remercier ces confrères mexicains, Me Paulino Olavarrieta, Me Armando Sánchez-Pérez, Me Jorge Navarro, Me Pamela García, Me Elizabeth Huertha Gutiérrez et Me Jorge Kim, pour leur inestimable contribution. Pour tout commentaire : [llaplane@crga.com](mailto:llaplane@crga.com).

## SOMMAIRE

<b>Introduction</b>	359
<b>I- Système juridique mexicain</b>	359
<b>II- Faire des affaires au Mexique - Investissements étrangers admissibles</b>	361
<b>III- Formes d'implantation commerciale au Mexique</b>	363
a. Succursale	363
b. Bureau de représentation	364
c. Filiale	364
d. Joint venture	364
e. Association en participation	365
<b>IV- Classification des sociétés commerciales</b>	365
<b>V- Démarches pour la constitution d'une société</b>	367
a. Constitution d'une société	367
b. Démarches postérieures à la constitution	367
c. Autres démarches	368
<b>VI- Autres formes d'opérations</b>	368
a. Agence commerciale (mandat ou contrat de commission)	368
b. Distribution (contrat d'achat-vente)	369
c. Franchise (Licence)	370
<b>VII- Autres aspects</b>	372
a. Relations avec le gouvernement et les aspects environnementaux	372
b. Aspects fiscaux	373
c. Relations de travail	374
d. Aspects migratoires	374

(2005-06) 36 R.D.U.S.	<i>L'ABC de l'investissement au Mexique</i>	357
e.	Commerce extérieur .....	375
f.	Protection de la propriété intellectuelle .....	376
g.	Aspects culturels et langue .....	377
h.	Appui gouvernemental québécois et canadien .....	377
<b>Conclusion</b>	.....	378
<b>Annexe 1</b>	.....	379





## Introduction

Les réformes économiques commencées en 1994, l'adhésion et la même année, l'entrée en vigueur du *Traité de libre-échange de l'Amérique du Nord* [ALÉNA]<sup>1</sup>, sous le gouvernement de Carlos Salinas de Gortari ont permis aux États-Unis mexicains (Mexique) d'accéder au marché global<sup>2</sup>. Depuis lors, les investisseurs québécois et canadiens sont de plus en plus nombreux à démontrer un intérêt accru envers ce marché. Le Mexique constitue non seulement le premier partenaire commercial du Québec et du Canada en Amérique latine, conjointement avec le Brésil, et est la porte d'entrée du marché latino-américain. Les Bombardier, Canam Manac, Banque Scotia, Génétiporc, Quebecor World, le Mouvement Desjardins, Sico et le Groupe Transcontinental, pour n'en nommer que quelques-uns, font déjà des affaires au Mexique. Cet article se veut donc une étude des différentes options offertes aux entrepreneurs et investisseurs québécois et canadiens au Mexique, de même qu'une étude de certains facteurs à prendre en considération avant d'y investir.

## I- Système juridique mexicain

Le droit mexicain comporte plusieurs similitudes avec le droit québécois. En effet, il s'agit d'un système de tradition civiliste, qui a pris sa source dans divers codes nationaux de l'époque (portugais, suisse, suédois, autrichien, hollandais, prussien, bavarois, sarde, piémontais, napolitain, ainsi que dans le projet de code espagnol de García Goyena). Sa principale source demeure toutefois le Code civil français Napoléon de 1804, dont l'esprit a imprégné les codes du XIX<sup>e</sup> siècle, tel le Code civil du Québec.

- 
1. *Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis et le gouvernement du Mexique*, 17 décembre 1992, R.T. Can. 1994 no 2, 32 I.L.M. 289 (entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> janvier 1994) [ALÉNA].
  2. Mexico est membre de l'Organisation mondiale du Commerce (OMC, en ligne : WTO <<http://www.wto.org/>>), anciennement dénommée GATT, depuis 1986 et de l'Organisation de coopération et développement économiques (en ligne : OECD, <<http://www.oecd.org/home/>>) depuis 1994. Ces adhésions lui ont permis d'intégrer le marché global en libéralisant son économie et en offrant certaines garanties aux investisseurs, telles que le traitement non discriminatoire et le traitement national.

L'article 133 de la *Constitution mexicaine*<sup>3</sup> établit que cette dernière constitue la loi suprême du pays, suivie, par ordre d'importance, par les lois fédérales et les traités internationaux ratifiés par le Sénat et par les autres instruments législatifs. Il existe notamment un code civil et un code de commerce fédéral, de même qu'un code fiscal de la fédération<sup>4</sup>.

Par ailleurs, chaque État détient sa propre constitution, de même que ses propres codes, lois et règlements. À cet égard, les codes étatiques reprennent pratiquement mot pour mot les codes fédéraux.

Finalement, les municipalités peuvent légiférer dans leurs champs de compétence, notamment sous forme de décret et d'ordonnance.

Bien que l'indice de corruption du Mexique soit assez élevé, soit 3.6 sur 10, selon un sondage de Transparency International de 2003<sup>5</sup>, le cadre juridique mexicain demeure un incitatif pour les investisseurs étrangers. En effet, sa clarté

- 
3. «Artículo 133. "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados». *Constitution politique des États-Unis mexicains (Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 5 février 1917, dernière réforme le 20 juin 2005, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>> [Constitution].
  4. *Code civil fédéral (Código civil federal)*, publié au Journal Officiel de la Fédération les 26 mai, 14 juillet et 3 et 31 août 1928, dernière réforme le 31 décembre 2004 [*Code du commerce*]; *Code commercial fédéral (Código de comercio)*, publié au Journal Officiel de la Fédération le 15 septembre 1889, dernière réforme le 26 janvier 2005; *Code fiscal de la Fédération (Código fiscal de la federación)*, publié au Journal Officiel de la Fédération le 31 décembre 1981, dernière réforme le 31 décembre 2004; et *Code pénal fédéral (Código penal federal)*, publié au Journal Officiel de la Fédération le 14 août 1931, dernière réforme le 23 août 2005, tous disponibles en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>.
  5. Un indice de 10 équivaut à la perception d'absence de corruption. Il s'agit d'un sondage mesurant le niveau de corruption perçue dans la fonction publique de plusieurs pays (voir en ligne : Transparency International <<http://www.transparency.org/index.html>>), dans OCDE, Mexico-Phase 2: Report on Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, 1er Octobre 2004, <<http://www.oecd.org/dataoecd/53/31/33746033.pdf>>.

offre une sécurité juridique accrue comparativement à d'autres pays et régions du monde.

## **II- Faire des affaires au Mexique - Investissements étrangers admissibles**

En vertu de la nouvelle *Loi sur les investissements étrangers [LIE]* de 1993<sup>6</sup>, les investissements comportant 100% de capital étranger sont admissibles, à l'exception de certains secteurs réservés à l'État et aux Mexicains, secteurs qui font l'objet de limitations.

D'une part, les activités relatives, entre autres, à la pétrochimie, à l'électricité, et autres hydrocarbures, dont le géant latino-américain PEMEX constitue le meilleur exemple sont réservées à l'État (art. 5 *LIE*).

D'autre part, certaines activités sont réservées aux Mexicains ou aux sociétés mexicaines (art. 6 *LIE*), entre autres :

I.- Transport terrestre national de passagers, tourisme et fret, excluant les services de messagerie;

II.- Commerce de l'essence et distribution de gaz liquide;

III.- Services de radiodiffusion et autres services relatifs à la radio et à la télévision, distincts de la télévision par câble;

IV.- Prestation de certains services professionnels et techniques.

Ensuite, la participation des étrangers dans le capital social d'une société fait l'objet de limitations pour les activités suivantes (art. 7 *LIE*) :

I.- À hauteur de 10 % dans:

---

6. *Loi sur les investissements étrangers (Ley de Inversión Extranjera)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 27 décembre 2003, dernière réforme le 4 juin 2001, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>> [*LIE*].

a) Les sociétés coopératives de production.

II.- À hauteur de 25 % dans les sociétés de :

- a) Transport aérien national;
- b) Transport en «aérotaxi»; et
- c) Transport aérien spécialisé.

III.- À hauteur de 49 % dans, entre autres:

- a) Les compagnies d'assurances;
- b) Les institutions financières.

Finalement, une autorisation gouvernementale est nécessaire, notamment en ce qui concerne les secteurs suivants dont la participation étrangère est limitée à 49 % du capital social (art. 8 et 9 *LIE*):

I.- Services portuaires;

II.- Société de navigation en haute mer;

III.- Services privés d'éducation;

IV.- Services juridiques;

V.- Société d'information de crédit;

VI.- Agents d'assurances;

VII.- Téléphonie mobile;

VIII.- Construction d'oléoduc pour le transport du pétrole;

IX.- Perforation de puits de pétrole et de gaz, et

X.- Construction, opération et exploitation de voies ferrées.

Par ailleurs, l'*ALÉNA*, auquel a adhéré le Mexique en 1994, offre un ensemble de règles régissant les investissements étrangers au Mexique, tel que nous le verrons ci-après.

### **III- Formes d'implantation commerciale au Mexique**

Le Mexique offre différentes formes d'implantation commerciale aux investisseurs étrangers. Bien entendu, une entreprise étrangère peut acheter les actions ou les actifs d'une compagnie mexicaine déjà existante, bénéficiant ainsi de ses infrastructures et de son marché.

Cependant, pour les fins de cette étude, nous ferons état des formes d'implantation que sont la succursale, le bureau de représentation, la filiale, le joint venture et l'association en participation (*asociación en participación*).

#### **a. Succursale**

Lorsqu'un investisseur étranger prévoit exercer des activités de nature commerciale ou lucrative au Mexique, il peut envisager la création d'une succursale, qui constitue en fait une extension de la société étrangère. Cette dernière obtient donc une autorisation du ministère de l'Économie (*Secretaria de Economía*) lui permettant d'implanter une succursale au Mexique. La succursale devra aussi être inscrite auprès du Registre public de commerce.

La succursale a un domicile au Mexique, émet ses propres factures, tient sa comptabilité, embauche du personnel et paie ses impôts au Mexique. Cependant, la succursale engage la responsabilité illimitée de la société étrangère, laquelle demeure responsable des dettes de la succursale et peut être poursuivie en justice pour des actes commis par la succursale.

**b. Bureau de représentation**

Lorsqu'un investisseur étranger ne prévoit pas exercer d'activités commerciales ou lucratives au Mexique, il peut privilégier la création d'un bureau de représentation. À l'instar de la succursale, un bureau de représentation constitue une extension de la société étrangère, laquelle obtient une autorisation du ministère de l'Économie pour la création dudit bureau. Le bureau devra aussi s'inscrire au Registre public de commerce.

En pratique, le bureau de représentation permet à une société étrangère, notamment, de rassembler les informations commerciales et d'établir les contacts nécessaires à la réalisation d'activités commerciales futures. Il ne génère donc que des dépenses et non des revenus. Par conséquent, il ne tient pas sa propre comptabilité et n'a pas la qualité de contribuable mexicain. Un tel bureau engage la responsabilité de la société étrangère.

S'il s'avérait qu'une société utilise la dénomination de bureau de représentation mais qu'il s'agisse plutôt d'une succursale exerçant des activités lucratives, les autorités mexicaines exigeront les changements qui s'imposent et le paiement rétroactif des impôts.

**c. Filiale**

Certains investisseurs préféreront créer une filiale lorsqu'ils auront à réaliser des activités de nature commerciale ou lucrative au Mexique, soit constituer une société en vertu du droit mexicain. La filiale a donc son domicile au Mexique, embauche son personnel, tient sa propre comptabilité et paie ses impôts au Mexique.

Nous étudierons dans les sections IV et V les types de sociétés commerciales existantes au Mexique et les formalités de constitution.

**d. Joint venture**

Certains investisseurs ont plutôt recours au joint venture impliquant au moins deux entités qui décident de joindre leurs efforts. Ce dernier peut prendre

différentes formes, lesquelles seront vues dans les sections IV et V, notamment la société de capital et la société de personnes. Le joint venture a son domicile au Mexique, tient sa propre comptabilité et paie ses impôts au Mexique.

Fait à noter, les joint ventures prennent très souvent la forme de la société anonyme de capital variable (S.A. de C.V.) au Mexique.

#### **e. Association en participation**

Finalement, les investisseurs peuvent toujours recourir à l'association en participation (*asociación en participación*). Elle résulte des faits manifestes des membres qui indiquent leur intention de s'associer en vue de réaliser une ou plusieurs opérations. Elle n'a donc pas le caractère de permanence de la succursale, du bureau de représentation ou de la filiale.

Par ailleurs, ce véhicule juridique ne possède pas de personnalité distincte de celle de ses membres, c'est-à-dire la personnalité juridique. À cet égard, l'association en participation n'a pas de dénomination sociale, n'a pas de domicile au Mexique, et ne tient pas sa propre comptabilité, les contribuables étant les membres et non l'entité associative. En fait, le gérant ou l'administrateur agit sans révéler l'identité des membres, qui recevront leur part des bénéfices.

#### **IV- Classification des sociétés commerciales**

Il est important de noter que les sociétés étrangères jouissent de la personnalité juridique lorsqu'elles sont légalement constituées au Mexique, soit conformément à la *Loi générale des sociétés commerciales* [LGSM]<sup>7</sup>, au *Code*

---

7. *Loi générale des sociétés commerciales* (*Ley general de sociedades mercantiles*), publiée au Journal Officiel de la Fédération le 4 août 1934, dernière réforme le 24 décembre 1996, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>; LGSM, *supra* note 7, art. 250, 251.

*de commerce, à la LIE et au Règlement de la Loi sur les investissements étrangers et du Registre national des investissements étrangers*<sup>8</sup>.

Plusieurs options s'offrent aux investisseurs qui décident de constituer une société commerciale au Mexique. L'article 1 de la *LGSM* reconnaît les sociétés commerciales suivantes:

- a. Société anonyme (capital fixe ou variable);
- b. Société en nom collectif;
- c. Société en commandite simple;
- d. Société à responsabilité limitée;
- e. Société en commandite par actions; et
- f. Société coopérative

Chaque société doit comporter au moins deux associés ou actionnaires et au plus cinquante pour ce qui est de la société par actions à responsabilité limitée<sup>9</sup>. Ces derniers peuvent être des personnes physiques ou morales, mexicaines ou étrangères.

En général, les investisseurs privilégient les sociétés de capital (société à responsabilité limitée ou société anonyme) par rapport aux sociétés de personnes (société en nom collectif ou société en commandite), puisque ces dernières engendrent la responsabilité illimitée et solidaire des associés.

En ce qui concerne les sociétés de capital, certains investisseurs verront un avantage dans la société anonyme de capital variable. En effet, cette dernière ne requiert aucun changement aux statuts constitutifs lors de la diminution ou de l'augmentation du capital-social de la société<sup>10</sup>.

---

8. *Règlement de la Loi sur les investissements étrangers et du Registre national des investissements étrangers, (Reglamento de la Ley de inversión extranjera y del registro nacional de inversiones extranjeras)*, 8 septembre 1998, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/regla.htm>>.

9. *LGSM*, *supra* note 7, art. 61.

10. *LGSM*, *supra* note 7, art. 213.



Finalement, les statuts constitutifs des sociétés mexicaines comportent une «clause calvo» ou de renoncement à la juridiction nationale ou de renonciation de nationalité. En vertu de cette clause, les associés étrangers acceptent de se soumettre au droit mexicain et renoncent à réclamer la protection diplomatique de l'État dont ils sont ressortissants<sup>11</sup>.

## **V- Démarches pour la constitution d'une société**

Lorsqu'un investisseur étranger décide de constituer une société, il doit se soumettre à certaines procédures administratives et légales.

### **a. Constitution d'une société**

Dans un premier temps, l'investisseur étranger doit obtenir un permis de constitution de société et d'utilisation de la dénomination sociale du ministère des Affaires étrangères (Secretaría de Relaciones Exteriores)<sup>12</sup>.

Dans un deuxième temps, un représentant juridique prépare les statuts constitutifs de la société, lesquels sont authentifiés devant notaire<sup>13</sup>. Ces procédures peuvent s'effectuer très rapidement, soit en une semaine.

### **b. Démarches postérieures à la constitution**

Une fois constituée, la société doit procéder à son inscription dans plusieurs registres gouvernementaux, soit :

---

11. La doctrine calvo a été élaborée par le juriste argentin Carlos Calvo à la fin du dix-neuvième siècle. En vertu de cette approche latino-américaine du droit international, les étrangers obtiennent le même traitement que les nationaux, partant du principe de l'égalité entre les étrangers et les nationaux. Cette doctrine a connu un franc succès en Amérique latine et prévaut encore de nos jours dans plusieurs pays latino-américains, certains y ayant même accordé un rang constitutionnel. C'est le cas du Mexique qui a repris cette doctrine dans la *Constitution*, *supra* note 3, art. 271.

12. *LIE*, *supra* note 6 art. 17A: *Règlement de la Loi sur les investissements étrangers et du Registre national des investissements étrangers*.

13. *LGSM*, *supra* note 7, art. 5.

- a. Le registre public de commerce<sup>14</sup>
- b. Le registre fédéral des contribuables
- c. Le registre national des investissements étrangers
- d. Les autres registres (Exportateurs et Importateurs etc...)

Deux à quatre semaines sont requises afin de compléter ces formalités.

**c. Autres démarches**

D'autres formalités s'ajoutent à celles mentionnées précédemment, soit l'ouverture des comptes bancaires, l'inscription des employés auprès des organismes de sécurité sociale (Institut mexicain de sécurité sociale - IMSS, Institut du Fonds national du logement – INFONAVIT, etc...) et l'authentification des pouvoirs des représentants.

Par ailleurs, l'investisseur peut procéder à l'inscription de la société auprès des chambres de commerce, d'industrie, ou des associations sectorielles.

**VI- Autres formes d'opérations**

Cela dit, les investisseurs peuvent envisager d'autres formes d'opérations, soit les figures d'agence commerciale (mandat ou contrat de commission), de contrat de distribution (contrat d'achat-vente) et de franchise (licence).

**a. Agence commerciale (mandat ou contrat de commission)**

Lorsqu'un entrepreneur ou un investisseur privilégie le contrat d'agence commerciale ou de commission, il confie, en accordant ou non une exclusivité, à un agent (personne physique ou morale), ayant la qualité de commerçant, la promotion et/ou la conclusion de ventes de biens, de prestation de services, ou autres, avec ou sans pouvoir de représentation, en échange d'une contre-prestation et d'une compensation pour frais. L'entrepreneur ou l'investisseur doit donc fournir l'information nécessaire à l'agent, ce dernier

---

14. *Code du commerce, supra* note 4, art 16.

s'engageant à le maintenir informé tout au long de son mandat. En fait, le contrat d'agence commerciale s'apparente au mandat ou contrat de commission.

L'intérêt de cette forme d'opération résulte de sa flexibilité et du fait qu'elle demeure économique. En effet, chaque contrat peut être aménagé en fonction des besoins de l'entrepreneur/investisseur-mandant. En principe, l'agent-mandataire utilise ses propres ressources et l'entrepreneur/investisseur-mandant lui offre une compensation, laquelle dépend, dans la majorité des cas, de son rendement. Finalement, les parties peuvent convenir de la durée du contrat, de même que d'une clause pénale.

Fait à noter, le droit à la rescision du contrat est implicite dans les contrats synallagmatiques<sup>15</sup>. Une partie peut réclamer des dommages-intérêts en faisant la preuve de la violation des obligations du contrat, du préjudice et du lien de causalité.

#### **b. Distribution (contrat d'achat-vente)**

D'autres entrepreneurs ou investisseurs privilégient le contrat de distribution ou d'achat-vente (compraventa). Un distributeur, ayant la qualité de commerçant indépendant, achète les produits d'un fabricant, d'un manufacturier ou d'une personne accréditée, ayant aussi la qualité de commerçant, dans le but de les vendre, sur un territoire déterminé. Le distributeur doit respecter les conditions de vente déterminées par le fabricant, le manufacturier ou la personne accréditée, notamment le prix de vente des produits. Le tout, en échange de prix spéciaux sur les marchandises, permettant au distributeur d'être payé à même la différence entre le prix d'acquisition et le prix de vente du bien. Le distributeur peut se voir attribuer l'exclusivité du commerce en question.

---

15. *Code civil fédéral, supra* note 4, art. 1949 : «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

Pour sa part, le fabricant, le manufacturier ou la personne accréditée doit collaborer aux campagnes publicitaires et fournir l'appui technique, administratif et commercial permettant au distributeur de mener à bien la commercialisation des produits.

Fait à noter, la filiale mexicaine d'une société étrangère peut agir à titre de personne accréditée.

Par ailleurs, les parties peuvent prévoir une clause d'achat des produits non vendus, laquelle permet au fabricant, au manufacturier ou à la personne accréditée, d'acquérir les biens non vendus par le distributeur.

Il est conseillé de prévoir une clause relative à l'utilisation des marques ou licences, afin de protéger le fabricant, le manufacturier ou la personne accréditée contre l'utilisation abusive et illégale de ses marques.

Il est fortement recommandé d'inclure une clause d'exclusivité au contrat, sans quoi le premier à enregistrer le produit obtient ladite exclusivité.

Finalement, une partie pourra mettre fin au contrat si elle agit de bonne foi et donne un préavis raisonnable.

### **c. Franchise (Licence)**

En revanche, le contrat de franchise ou de licence est plus approprié pour certains types de commerce. En fait, la franchise est un phénomène relativement nouveau au Mexique, qui s'est concrétisé avec l'arrivée massive sur le marché mexicain de grandes sociétés au cours des années quatre-vingt-dix, notamment, Mc Donald, Domino Pizza, Burger King, Dunkin Donuts, Century 21, Blockbuster, etc....

Le contrat de franchise a été reconnu en 1990, lors de la promulgation de la *Loi sur le contrôle et l'enregistrement des transferts de technologies et de*

*l'usage et de l'exploitation de brevets et de marques*, aujourd'hui abrogée<sup>16</sup>. Depuis 1991, la *Loi sur la propriété industrielle [LPI]* et ses règlements régissent le contrat de franchise<sup>17</sup> et offrent un cadre législatif et réglementaire beaucoup plus flexible.

L'entrepreneur/investisseur-franchiseur accorde donc une licence d'utilisation d'une marque au franchiseé, et un accès au matériel et aux produits faisant l'objet de la licence<sup>18</sup>. L'entrepreneur ou l'investisseur transmet aussi les connaissances techniques, le savoir-faire, les secrets industriels<sup>19</sup> et commerciaux, et l'assistance technique requise. Le tout permet au franchiseé de produire, de vendre les biens et/ou de fournir les services concernés, conformément aux méthodes commerciales et administratives établies par le détenteur de la marque, tout en préservant la qualité, le prestige et l'image des produits et services. En échange, le franchiseé offre une contre-prestation.

Le franchiseur doit voir à enregistrer sa marque, son brevet ou sa licence auprès de l'Institut mexicain de la propriété intellectuelle (Instituto mexicano de la propiedad industrial - IMPI)<sup>20</sup>. Le détenteur de la licence peut donc ester en justice<sup>21</sup>.

De plus, les inventions, procédures, formules et dessins techniques peuvent bénéficier de la protection du brevet<sup>22</sup>. Pour leur part, les dessins, les

---

16. *Loi sur les Contrôles et Enregistrements du transfert de technologie et l'Utilisation et l'Exploitation des Brevets et Marques*, 1982, abrogée, art. 20 : «En vertu de cette Loi, devront être enregistrés auprès du Registre National du Transfert de Technologie (RNTT), tous les contrats et autres actes ayant pour objet :

- la concession de l'utilisation ou l'autorisation d'exploiter une marque
- la transmission de connaissances techniques
- l'assistance technique».

17. *Loi sur la propriété industrielle (Ley de la propiedad industrial)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 27 juin 1991, dernière réforme le 16 juin 2005, art. 142, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>> [LPI].

18. *LPI*, *supra* note 17, art. 142.

19. *LPI*, *supra* note 17, art. 82, 84.

20. *LPI*, *supra* note 17, art. 136.

21. *LPI*, *supra* note 17, art. 140.

22. *LPI*, *supra* note 17, art. 10.

programmes informatiques ou les manuels d'opération peuvent être protégés à titre de droits d'auteur.

Le franchiseur devrait voir à inclure une clause de confidentialité relative à toutes les informations industrielles ou commerciales lui permettant de maintenir un avantage économique.

La notoriété de la marque influe sur le montant de la contre-prestation. En général, il s'agira d'un droit d'entrée à la signature du contrat et de royalties mensuelles. Il est primordial de convenir de la méthode de calcul permettant d'établir les royalties, la devise et les modalités de paiement. Au Mexique, les franchiseurs et les franchisés privilégient le paiement d'un pourcentage sur les ventes ou sur le prix de chaque produit.

En général, le contrat de franchise au Mexique, a une durée de quatre à dix ans. En fait, les parties conviennent d'une durée permettant au franchisé d'obtenir un retour sur son investissement et au franchiseur de pénétrer le marché.

## **VII- Autres aspects**

Les entrepreneurs et les investisseurs étrangers devront considérer d'autres facteurs dans le cadre de leur implantation et opérations au Mexique, soit :

- a. Les relations avec le gouvernement et les aspects environnementaux;
- b. Les aspects fiscaux;
- c. Les relations de travail;
- d. Les aspects migratoires;
- e. Le commerce extérieur;
- f. La protection de la propriété intellectuelle;
- g. Les aspects culturels et la langue;
- h. L'appui gouvernemental québécois et canadien

**a. Relations avec le gouvernement et les aspects environnementaux**

La *LIE* exige l'obtention de certaines autorisations gouvernementales et l'inscription auprès des autorités et dans certains registres. De plus, certains types d'activités exigent l'obtention de permis particuliers, tel l'approbation d'impact environnemental.

Le Mexique comportant trois paliers gouvernementaux, soit le fédéral, le provincial (32 États), et le municipal, les procédures administratives peuvent parfois être nombreuses. Les entrepreneurs et les investisseurs étrangers devront donc requérir les services de représentants juridiques sachant traiter avec les autorités.

**b. Aspects fiscaux**

D'une part, les personnes physiques et morales, résidant au Mexique, dont la source de revenu se trouve au Mexique, sont soumis aux lois fiscales mexicaines, notamment le *Code fiscal de la Fédération*, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et la *Loi sur la taxe sur la valeur ajoutée*<sup>23</sup>.

L'année fiscale correspond à l'année civile, soit du 1er janvier au 31 décembre, mis à part la première année débutant à la date de constitution, et la dernière année clôturant à la date de dissolution ou de liquidation<sup>24</sup>.

Toute société mexicaine a donc l'obligation de tenir une comptabilité et d'en conserver la documentation relative<sup>25</sup>. Par ailleurs, la société devra s'inscrire au Registre fédéral des contribuables et faire de même pour ses employés.

---

23. *Loi de l'impôt sur le revenu (Ley del impuesto sobre la renta)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 1er janvier 2002, dernière réforme le 1er décembre 2004, art. 1, 2; *Loi sur la taxe sur la valeur ajoutée (Ley del impuesto al valor agregado)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 29 décembre 1978, dernière réforme le 28 juin 2005, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>.

24. *LGSM*, *supra* note 7, art. 8a.

25. *Code du commerce*, *supra* note 4, art. 16, 33.

D'autre part, les investisseurs québécois et canadiens doivent respecter la «*Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis mexicains en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*»<sup>26</sup>. Cet instrument juridique comporte un mécanisme afin d'éviter la double imposition. Les bénéfices, dividendes, intérêts, royalties et salaires seront donc imposés dans le pays de résidence.

### **c. Relations de travail**

Le système social mexicain se caractérise par son protectionnisme envers les employés. De nombreuses lois garantissent leurs droits, soit la *Loi fédérale du travail*, la *Loi sur l'IMSS* et la *Loi sur l'INFONAVIT*<sup>27</sup>. L'employeur doit donc se conformer aux dispositions prévoyant certaines charges sociales (journées fériées, congés payés, vacances, compensation pour ancienneté en cas de départ etc...) ainsi que procéder à l'inscription de ses employés au Registre fédéral des contribuables, de même qu'auprès de certains organismes sociaux mexicains (IMSS, INFONAVIT, etc...).

### **d. Aspects migratoires**

Le chapitre 16 de l'*ALÉNA* facilite l'entrée temporaire des gens d'affaires québécois et canadiens au Mexique. Cependant, tout ressortissant

---

26. *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis Mexicains en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu*, 8 avril 1991, en ligne : Ministère des finances <[http://www.fin.gc.ca/treaties/mexico\\_f.html](http://www.fin.gc.ca/treaties/mexico_f.html)>; *Loi de l'impôt sur le revenu*, *supra* note 23, art 5.

27. *Loi fédérale du travail (Ley federal del trabajo)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 1er avril 1970, dernière réforme le 23 janvier 1998; *Loi sur l'IMSS (Ley del instituto de seguridad y servicios sociales de los trabajadores del estado)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 27 décembre 1983, dernière réforme le 1er juin 2001; *Loi sur l'INFONAVIT (Ley del instituto del fondo nacional de la vivienda para los trabajadores)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 24 avril 1972, dernière réforme le 1er juin 2005, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>.



étranger doit respecter les lois mexicaines applicables en matière migratoire, soit la *Loi générale de la population et ses règlements*<sup>28</sup>.

En ce qui concerne le chapitre 16 de l'*ALÉNA*, quatre catégories de gens d'affaires bénéficient de l'admission temporaire au Mexique, dans le but de faire des affaires, soit<sup>29</sup> :

- ◆ les gens d'affaires en visite;
- ◆ les professionnels;
- ◆ les personnes mutées à l'intérieur d'une société;
- ◆ les négociants et investisseurs.

Certains types de visa, soit les visas FM-2 et FM-3, respectivement pour y immigrer et pour y résider, peuvent être octroyés par les autorités mexicaines. Ils permettent d'y travailler pour une période renouvelable d'un an.

Les démarches pour l'obtention d'un visa de travail peuvent être entreprises au Mexique. Cependant, le ressortissant étranger ne peut commencer à travailler sur le territoire mexicain qu'une fois le visa délivré.

#### **e. Commerce extérieur**

D'une part, les lois mexicaines en matière de commerce extérieur établissent certaines exigences douanières, en fonction de la classification douanière de la marchandise. Ensuite, l'exportateur étranger doit respecter les normes officielles mexicaines des différents services gouvernementaux, de même qu'obtenir un permis d'importation auprès des différents services gouvernementaux. Finalement, il doit s'inscrire au Registre général des exportateurs et importateurs, et à divers registres sectoriels.

---

28. *Loi générale de la population (Ley general de población)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 7 janvier 1974, dernière réforme le 4 janvier 1999, en ligne : Cámara de Diputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>.

29. *ALÉNA*, *supra* note 1, art. 1603, annexes.

D'autre part, les exportateurs québécois et canadiens bénéficient des tarifs douaniers préférentiels des chapitres 3 et 5 de l'*ALÉNA*<sup>30</sup>.

Par ailleurs, les exportateurs québécois et canadiens peuvent bénéficier des programmes d'aide d'Exportation et Développement Canada (EDC). En effet, cette société d'État offre des services de financement en matière de commerce extérieur et de gestion des risques. Les exportateurs québécois et canadiens peuvent notamment obtenir des assurances et des cautionnements bancaires.

De plus, la Chambre de commerce du Canada au Mexique offre certains services et un réseau intéressant de contacts.

#### **f. Protection de la propriété intellectuelle**

Les investisseurs étrangers concernés doivent se prémunir contre l'usage abusif, voire illégal, de leurs droits de propriété intellectuelle. La *LPI* et ses règlements, la *Loi fédérale sur les droits d'auteur*<sup>31</sup>, de même que le chapitre 17 de l'*ALÉNA*<sup>32</sup>, constituent le cadre juridique de la protection de la propriété intellectuelle au Mexique.

Les investisseurs étrangers doivent se soumettre à une procédure d'enregistrement de leurs droits. Il s'agit dans un premier temps d'une recherche d'antécédents. Ensuite, les droits en question sont qualifiés conformément au droit mexicain et au droit international, notamment de «l'*Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques*»<sup>33</sup>. Suivra une demande d'enregistrement de

---

30. *ALÉNA*, *supra* note 1, c. 3, 5 sur le Traitement national et accès au marché pour les produits et sur les procédures douanières.

31. *Loi fédérale sur les droits d'auteur (Ley federal del derecho de autor)*, publiée au Journal Officiel de la Fédération le 24 décembre 1996, dernière réforme le 23 juillet 2003, en ligne : Cámara de Disputados H. Congreso de la Unión <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/>>.

32. *ALÉNA*, *supra* note 1, c. 17 (sur la propriété intellectuelle).

33. *Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques*, 15 juin 1957, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967, et à Genève le 13 mai 1977, et modifié le 28 septembre 1979.

droits auprès de l'IMPI. Il faut compter de quatre à six mois pour obtenir une résolution de l'IMPI à cet effet.

Par ailleurs, en ce qui concerne les marques, seul l'enregistrement d'une licence d'utilisation de marque permet de les protéger.

#### **g. Aspects culturels et langue**

Nous n'insisterons jamais assez sur l'importance de savoir s'entourer de représentants professionnels et fiables, connaissant non seulement la culture, le savoir-être et le savoir-faire, la langue, et les lois, mais ayant aussi de bons contacts. En fait, bien que plusieurs considèrent le Mexique comme étant culturellement proche du Québec, les entrepreneurs et les investisseurs aguerris sauront recourir aux services de gens compétents afin de maximiser leurs chances de réussite. Ces représentants pourront les aider à élaborer un plan d'affaires réaliste, prenant en compte certaines caractéristiques du marché et leur seront d'une grande aide lors de négociations internationales.

Fait à noter au sujet des avocats mexicains, l'adhésion au Barreau mexicain (*Barra mexicana*) n'est pas obligatoire. Les avocats mexicains obtiennent plutôt un permis d'exercice du ministère de l'Éducation publique (*Secretaría de Educación Pública*) lorsqu'ils complètent leurs études universitaires. Il est donc fortement suggéré d'obtenir certaines références et de contacter le Barreau mexicain ou diverses associations professionnelles afin de s'assurer de la compétence et du professionnalisme du représentant juridique.

#### **h. Appui gouvernemental québécois et canadien**

Les entrepreneurs et les investisseurs québécois et canadiens ne devraient pas sous-estimer les services offerts par les gouvernements du Québec et du Canada.

D'une part, certains ministères québécois et canadiens offrent des programmes d'aide et d'appui aux personnes désirant investir et faire des affaires à l'étranger. Une recherche exhaustive permettra de connaître les différents programmes qui évoluent au fil des ans.

Sur le territoire mexicain, les entrepreneurs et les investisseurs québécois et canadiens peuvent bénéficier des services de la Délégation générale du Québec, qui y est présente depuis 25 ans, de l'Ambassade du Canada, ville de Mexico, et des consulats canadiens à Guadalajara et Monterrey. Ces institutions peuvent offrir une aide précieuse, ne serait-ce qu'en fournissant certaines informations sur le marché, les dates des foires commerciales, et en fournissant une liste de représentants juridiques.

### **Conclusion**

Tout compte fait, le Mexique offre un cadre juridique permettant aux entrepreneurs et aux investisseurs étrangers de s'implanter et de faire des affaires dans tous les secteurs, à l'exception de ceux réservés à l'État, aux Mexicains ou faisant l'objet de limitations. En raison de sa proximité géographique et culturelle, de même que la croissance de son marché, les entrepreneurs et les investisseurs québécois et canadiens sont de plus en plus nombreux à s'intéresser au Mexique. Ils devront toutefois s'outiller adéquatement, se doter d'un plan d'affaires faisant état des éléments exposés dans cet article, et s'entourer de bons représentants, notamment juridiques, afin de maximiser leurs chances de réussite.

## Annexe 1

### Données générales

<u>Données</u>	<u>Québec</u>	<u>Mexique</u>
<i>Économie</i>		
■ PIB	205 169 millions \$ US	660 800 millions \$ US
■ Investissements directs étrangers	--	10 783 400 millions \$ US
<i>Commerce international</i>		
■ Exportation de biens et services	33,4 % du PIB	30,1 % du PIB
■ Exportation de biens au Québec	52 718 millions \$ US	188 640 millions \$ US Voitures et châssis, pétrole, équip. et mat. de télécomm., ordinateurs électroniques, camions, téléviseurs, radios etc...
■ Importation de biens et services	32,9 % du PIB	32,2 % du PIB
■ Importation de biens du Québec	52 746 millions \$ US	197 169 millions \$ US 284 583 millions \$ US Aluminium, jouets, matériel de sport, équip. et mat. de télécomm., médicaments, viande fraîche, réfrigérateurs et congélateurs etc...

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES  
PROFESSIONNELLES LÉGISLATION, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE

**Auteur(s) :** André GAUVIN

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 381-382

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11882>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

---

### «LOI SUR LES ACCIDENTS DU TRAVAIL ET LES MALADIES PROFESSIONNELLES LÉGISLATION, JURISPRUDENCE ET DOCTRINE»\*

par André GAUVIN\*\*

L'auteur nous présente la 5<sup>e</sup> édition de son ouvrage portant sur l'état du droit en matière de lésions professionnelles. Il s'agit essentiellement d'un outil de travail dans lequel sont répertoriées des décisions portant sur l'application de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* [L.A.T.M.P.]<sup>1</sup>. Le lecteur peut ainsi y retrouver le résumé des principales décisions rendues par les tribunaux administratifs et judiciaires en fonction de chacun des articles de la L.A.T.M.P. Le lecteur peut également retrouver de nombreuses références à la doctrine ainsi qu'à la réglementation pertinente.

De plus, l'auteur traite de certains articles pertinents de la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*<sup>2</sup> ainsi que des *Règles de preuve, de procédure et de pratique de la Commission des lésions professionnelles*<sup>3</sup>. Enfin, l'auteur inclut, pour le bénéfice du lecteur, une liste des règlements adoptés en vertu de la L.A.T.M.P.

D'entrée de jeu, mentionnons qu'il s'agit, pour quiconque pratique le droit du travail, d'un excellent outil de base et ce, autant pour le praticien que pour le chercheur. Ouvrage, doit-on ajouter, qui était grandement attendu puisque la dernière édition datait déjà de plusieurs années. En effet, la 4<sup>e</sup> édition de cet ouvrage recensait des décisions mises à jour en 1998 alors que la présente édition a été actualisée à la fin 2004 en ce qui a trait aux décisions de la Commission des lésions professionnelles et au début 2005 pour ce qui est des décisions publiées dans les fascicules Commission des Lésions Professionnelles Express, Droit du Travail Express et Jurisprudence Express.

---

\*. Philippe Bouvier, *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles / législation, jurisprudence et doctrine*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

\*\*.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. L.R.Q. c. A-3.001.

2. L.R.Q. c. S-2.1.

3. R.R.Q. 1981, c. A-3.001, r. 2.1.001.



Tant le chercheur que le praticien appréciera donc cet ouvrage qui constitue un outil de recherche indispensable. En effet, ceux-ci pourront facilement trouver l'information recherchée grâce aux références par article ou aux tables incluses à la fin du volume. Ainsi, si le lecteur connaît l'article faisant l'objet d'une règle de droit, il pourra aisément s'y rendre afin de consulter une multitude de décisions et de références à des textes de doctrine. Par ailleurs, s'il ne connaît que la référence à une décision d'un tribunal, il aura tôt fait de trouver l'article s'y rapportant grâce à la table de jurisprudence. Il va sans dire que la table de doctrine constitue également une excellente source d'information.

Enfin, l'auteur a également inclus un index très détaillé à la fin du volume ainsi qu'une table des lois et règlements cités. Bref, il s'agit là d'un ouvrage complet dont la force est la multitude des décisions recensées et la qualité des résumés. En effet, tout en étant succinct, l'auteur a su transmettre l'essentiel des décisions en allant au cœur des questions et des notions juridiques concernées sans nous submerger de détails superflus. Ainsi, le lecteur arrive facilement à sélectionner les jugements pertinents et peut trouver rapidement des textes de doctrine qui l'amèneront à fouiller de façon plus exhaustive les notions de droit faisant l'objet de ses travaux de recherche.

En matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles nous ne connaissons pas de meilleur ouvrage. Nous souhaitons seulement que l'auteur ne laisse pas écouler autant de temps avant de publier la 6<sup>e</sup> édition, qu'il l'a fait entre la 4<sup>e</sup> et la 5<sup>e</sup>.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE APPLIQUÉE

**Auteur(s) :** René PEPIN

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 383-385

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11884>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

---

### «LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE APPLIQUÉE»\*

par René PEPIN\*\*

Voici un livre fort captivant pour toute personne qui s'intéresse de près ou de loin à la déontologie judiciaire. Il recense les décisions du Conseil de la magistrature du Québec [Conseil]. Comme indiqué dans la préface, le Conseil, qui existe depuis 1978, a examiné au cours des ans environ 1200 plaintes, qui ont donné lieu à environ 500 décisions. Depuis quelques années, des efforts ont été entrepris pour les faire connaître au grand public. Ainsi, ces décisions, et les rapports des divers comités d'enquête, se trouvent sur le site web<sup>1</sup> du Conseil et sont incorporées dans les banques de données de SOQUIJ. De plus, le Conseil publie annuellement un rapport d'activités, qui comprend un résumé de ses décisions. Avec le présent volume, une autre étape a été franchie pour un plus grand accès du public à ces documents.

Dans l'introduction, les auteurs expliquent les principes suivis pour présenter logiquement les documents retenus. Il s'agit essentiellement d'une analyse thématique des décisions et des rapports des comités d'enquête. Trois règles ont été appliquées pour faire cette étude. On a voulu d'abord présenter un compte rendu fidèle des décisions, ce qui a impliqué des choix, comme de tenir compte des décisions rejetant une plainte, parce qu'il peut être fort intéressant de savoir quels sont les motifs de plainte jugés irrecevables. On a aussi tenu compte à l'occasion de choses dites en *obiter*, ou exprimées par une personne dont l'opinion est minoritaire, lorsque cela s'avérait nécessaire pour donner la vue la plus exacte possible de la position du Conseil sur une question relevant de la déontologie.

Un second principe a été celui de l'harmonisation des décisions. Ce travail était difficile, car il s'agissait de qualifier les décisions du Conseil, de façon à les rattacher à une disposition ou une autre du *Code de déontologie de la magistrature*<sup>2</sup>. Or, il est arrivé souvent que des situations ont été étudiées en fonction de plusieurs articles du *Code*, sans qu'on précise si l'un était davantage

---

\*. Pierre Noreau et Chantal Roberge, *La déontologie judiciaire appliquée*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

\*\*.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. En ligne : [www.cm.gouv.qc.ca](http://www.cm.gouv.qc.ca).

2. R.R.Q. 1985, c. T-16, r. 4.1.

pertinent. Dans d'autres cas, le Conseil n'a pas identifié quelle disposition était en jeu. Les auteurs ont donc dû faire des efforts pour identifier la disposition du *Code* la plus pertinente et y concentrer les cas inventoriés les plus susceptibles de s'y rattacher.

Enfin, on a cherché à faire un ouvrage aussi fonctionnel que possible. On a voulu faire ici un choix de décisions qui présentent le plus d'intérêt, tant pour les juges appelés à consulter le volume, que pour les praticiens et les citoyens désireux de connaître la nature des plaintes qui peuvent amener le Conseil à prononcer un blâme. Lorsque cela a été possible, pour chacun des articles du *Code*, on a retenu la classification suivante : la définition du devoir du juge, le champ d'application de la disposition et la portée de ce devoir. Dans le cas d'articles qui mentionnent certains devoirs précis, comme l'article 5 qui réfère au devoir d'être impartial et objectif, les auteurs utilisent la typologie suivante : propos tenus dans l'exercice des fonctions judiciaires, conduite dans l'exercice de ces fonctions, propos tenus en société et conduite en société.

Le volume est divisé en deux grandes parties. Une première, plus courte, porte sur les décisions relatives à ce qu'on trouve dans la *Loi des tribunaux judiciaires*<sup>3</sup> sur la question de la déontologie judiciaire. Les auteurs s'en tiennent ici à cette question, ayant évacué à juste titre, à notre avis, tout ce qui concerne la validité constitutionnelle de ces dispositions. Le but du volume est de mieux faire connaître les règles relatives à la déontologie. Ce n'était pas l'endroit pour examiner à fond la question de la validité de l'article 95 de la loi relative au processus de destitution des juges. La seconde partie, la principale, présente les décisions en suivant les dispositions du *Code*. Tantôt les auteurs résument une partie d'une décision, tantôt ils reproduisent une citation venant du texte d'une décision. On peut remarquer ici que la juge Ruffo aura contribué bien malgré elle à la création d'une abondante jurisprudence du Conseil, car on ne peut tourner plus de trois ou quatre pages du volume sans voir une énième décision relative à une énième plainte à son égard.

On pourrait déplorer l'absence d'index, mais il y a à la fin une table des matières très détaillée qui y supplée. Ainsi, par exemple, l'avocat chargé de

---

3. L.R.Q. c. T-16.

défendre un juge accusé d'avoir «parlé à une des parties au litige en l'absence de l'autre»<sup>3</sup> ou d'avoir «des liens d'amitié avec un témoin expert»<sup>4</sup> peut retrouver rapidement les décisions qui exposent la vision du Conseil sur ces sujets.

Évidemment, rien n'étant parfait en ce bas monde, quelques erreurs et coquilles auraient pu être évitées.

---

3. Affaire Vermier et Bélanger (1990) AZ-00181021.

4. Affaire Gilbert et Ruffo (2004) AZ-50282122.

**RDUS**

**Revue de DROIT**  
**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** LES BONS MOTS DU CIVIL ET DU PÉNAL ET EXPRESSIONS JURIDIQUES EN UN CLIN D'ŒIL

**Auteur(s) :** Mathieu DEVINAT

**Revue :** *RDUS*, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 387-390

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11885>

*Page vide laissée intentionnellement.*



## NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

---

### «LES BONS MOTS DU CIVIL ET DU PÉNAL»\* ET «EXPRESSIONS JURIDIQUES EN UN CLIN D’OEIL»\*\*

par Mathieu DEVINAT\*\*\*

Véritables *bêtes noires* des linguistes et des théoriciens du langage, les ouvrages qui dictent la bonne manière d'écrire jouent souvent un rôle important dans la fabrique des artisans du langage : les *langagiers* et plus particulièrement les *jurilinguistes*, qu'ils soient traducteurs, terminologues ou rédacteurs. La récente réédition des ouvrages *Expressions juridiques en un clin d'œil* et *Les bons mots du civil et du pénal* illustre à quel point ce type d'ouvrage fait véritablement l'objet d'un accueil enthousiaste par celles et ceux qui sont à la recherche du «mot correct» et du «terme juste». C'est que l'expression écrite du droit renferme plusieurs chausse-trappes que le discours transmet aisément et que la langue vulgaire commet fréquemment : action fondée *en* common law, *passer* un règlement, le Parlement a *amendé* la Loi sur..., la loi qui *stipule* et le contrat qui *dispose* pour ne nommer que les erreurs les plus fréquentes. Sachant que les tournures malheureuses et les écarts de langage peuvent avoir une influence sur la mise en œuvre du droit<sup>1</sup>, on aurait tort de diminuer l'utilité des ouvrages qui nous indiquent le bon usage, au motif notamment qu'ils incarneraient un purisme linguistique qu'une élite chercherait à imposer.

Au contraire, les ouvrages de Mme Mailhot et de M. Beaudoin visent à faciliter le travail d'écriture de textes juridiques anglais et français en offrant un outil qui permet de trouver, «à partir d'un mot connu, **les termes justes** qui l'accompagnent habituellement»<sup>2</sup>. L'utilisateur peut alors, à l'aide de l'index,

---

\*. Madeleine Mailhot, *Les bons mots du civil et du pénal. Lexique français-anglais des expressions juridiques : Phraséologie, terminologie, exercices et tableaux*, avec une préface de Michel Bastarache, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

\*\*. Louis Beaudoin et Madeleine Mailhot, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, avec une préface de Gérard Cornu, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005.

\*\*\*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Voir, par exemple, les questions soulevées par l'usage du terme anglais *stipulation* à l'article 2930 du *Civil Code of Québec* qui a été interprété comme désignant une disposition législative : *Doré c. Verdun(Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862.

2. Madeleine Mailhot, *Les bons mots du civil et du pénal. Lexique français-anglais des expressions juridiques : Phraséologie, terminologie, exercices et tableaux*, avec une préface de Michel Bastarache, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p. xiii [Mailhot].

retracer les locutions d'usage dans lesquelles s'inscrit le mot de départ. Probablement pour répondre aux besoins particuliers des traducteurs, le lecteur trouvera également l'équivalent anglais de la locution française, accompagné parfois d'une référence à un article de loi ou à un arrêt.

Bien qu'ils partagent une structure similaire, les deux ouvrages se complètent en ce que *Expressions juridiques en un clin d'œil* aborde le vocabulaire général du droit en suivant un ordre alphabétique, tandis que *Les bons mots du civil et du pénal* adopte une approche thématique en décrivant tour à tour la terminologie propre aux différents domaines du droit étudiés :

- I. Les sources du droit/*Sources of the Law*;
- II. Avocat, juge greffier, interprète/*Lawyer, Judge, Registrar or Clerk, Interpreter*;
- III. Matière civile/*Civil Matters*;
- IV. Matière pénale/*Criminal Matters*;
- V. Aide juridique/*Legal Aid*;
- VI. Cour, tribunal/*Court, Tribunal*;
- VII. Pourvoi, se pourvoir, appel, appeler/*Appeal*.

Dans les deux cas, les ouvrages comportent une série d'expressions usuelles correctes tant sur le plan grammatical que sur le plan juridique. À cet égard, les auteurs ont parfois pris la peine d'orienter le lecteur vers le *bon usage* de certaines locutions françaises. À la différence de leurs homologues qui, inspirés par l'Académie française sans doute, formulaient leurs conseils sous la forme de «ne dites pas / dites plutôt», les ouvrages de Mme Mailhot et de M. Beaudoin traitent des expressions «à éviter» et évoquent, le plus souvent, le contexte d'utilisation des expressions «à employer».

La présentation des ouvrages est intéressante en ce que les auteurs ont pris la peine de décrire, ne serait-ce que sommairement, le domaine juridique dans lequel s'inscrivent les expressions abordées. Par exemple, l'on retrouve, dans la partie consacrée à la «Constitution/*Constitution*»<sup>3</sup> de l'ouvrage de Mme Mailhot, des indications sur l'exigence d'une majuscule (lorsque le mot

---

3. *Ibid.* à la p. 3 et s.

Constitution désigne la loi fondamentale du pays) ou d'une minuscule (dans les autres cas) et sur le statut juridique du préambule, le tout accompagné d'extraits tirés de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette mise en bouche constitutionnelle permet au lecteur d'apprécier les soixante locutions anglaises et françaises qui suivent et qui reproduisent les expressions les plus usuelles relevant du droit constitutionnel. Même s'il ne s'agit pas d'une description exhaustive du régime juridique, cette manière de présenter la matière reflète l'interdépendance entre le vocabulaire juridique et le droit substantiel. À son tour, l'ouvrage *Expressions juridiques en un clin d'œil* fournit, pour chacune des entrées abordées, un riche éventail de formules qui facilitent véritablement le travail d'écriture. Une preuve est-elle recevable ou admissible<sup>4</sup>? Quelle préposition doit suivre le mot compétence<sup>5</sup>? De plus, les entrées sont accompagnées de notes et de définitions qui permettent au lecteur de reconnaître les multiples difficultés rattachées à l'usage des expressions.

Il est manifestement difficile, dans une recension, d'explorer chacune des locutions abordées, mais certaines d'entre elles ont retenu notre attention. Tout d'abord, nous avons été étonné de l'esprit d'indépendance de Mme Mailhot lorsqu'elle suggère de retirer l'accent du *Civil Code of Quebec*<sup>6</sup>, malgré son titre officiel. Ensuite, nous nous sommes parfois interrogé sur le caractère adéquat de certaines expressions au regard des systèmes de droit civil et de common law<sup>7</sup>. Bien qu'il serait probablement souhaitable, dans une édition éventuelle, que les auteurs précisent dans quel registre droit civil / common law se situent certaines des locutions présentées, nous ne pouvons cependant pas reprocher à ces ouvrages de manquer d'information. Au contraire, les auteurs ont pris la

---

4. Voir les entrées *admissible* et *recevable* dans Louis Beaudoin et Madeleine Mailhot, *Expressions juridiques en un clin d'œil*, avec la préface de Gérard Cornu, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005 [Beaudoin et Mailhot].

5. Voir l'entrée *compétence*, *ibid.*

6. Mailhot, *supra* note 2 à la p. 20.

7. Dans la partie portant sur la terminologie relative à la jurisprudence, par exemple, les auteurs suggèrent les expressions *case law* et *judge-made law* pour les équivalents français «jurisprudence» et «droit jurisprudentiel» (Beaudoin et Mailhot, *supra* note 4 à la p. 180). En cette matière, le vocabulaire anglais du droit civil a son propre registre en ce qu'il comporte également les expressions *decided cases* et *jurisprudence*. Dans la partie portant sur les contrats, Mme Mailhot suggère *null and void contract* à titre d'équivalent de «contrat nul» (Mailhot, *supra* note 2 à la p. 108), alors qu'en droit civil québécois, le terme *void* est généralement considéré comme une impropriété.

peine d'ajouter un bon nombre d'annexes contenant des exercices pratiques d'écriture, avec des corrigés et des tableaux analytiques forts utiles qui reflètent la dimension pédagogique de leur œuvre. Au lecteur d'en profiter.

**RDUS**

# **Revue de DROIT**

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

**Titre :** CRIMINAL LAW SOURCEBOOK

**Auteur(s) :** Ali ADNAN AL-FEEL

**Revue :** RDUS, 2005-2006, volume 36, numéro 1-2

**Pages :** 391-399

**ISSN :** 0317-9656

**Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

**URI :** <http://hdl.handle.net/11143/11886>

*Page vide laissée intentionnellement.*

## NOTE BIBLIOGRAPHIQUE

---

### «CRIMINAL LAW SOURCEBOOK»\*

par Ali ADNAN AL-FEEL\*\*

Criminal Law is a species of political and moral philosophy. Its central question is justifying the use of the state's coercive power against free and autonomous persons. The link with moral philosophy derives from one answer to the problem of justifying the use of state power. If the rationale or a limiting condition of criminal punishment is personal desert, then legal theory invariably interweaves with philosophical claims about wrongdoing, culpability, justifying circumstances and excuses.

Criminal Law Sourcebook presents cases and materials illustrating the statutory and judicial practices of criminal law in the common law states of Australia.

The authors of this book on Criminal Law Sourcebook lead the reader on an interesting and useful journey through the terrain of research design, they strike just the right balance between theory and practice, detail and generality.

Criminal Law Sourcebook is a thoughtful, well written and comparative study on the common law jurisdictions (New South Wales, Victoria, South Australia and the Australian Capital territory) and the Code Jurisdictions (Queensland, Western Australia, Tasmania, and the Northern territory).

It is nice to see the emergence of more works such as Criminal Law Sourcebook that use comparative analysis to examine developments in the related Australian criminal laws.

The authors in their introduction do a good job of setting the scene and justifying the selection of topics. Their intention is to transcend the existential discontinuities that exist between the states and territories in Australia. Moreover, the parliaments in each of the states and territories have transformed the form and content of discrete areas of the substantive criminal law. Similarly, the judicial interpretations of criminal statutes and the common law of crime

---

\*. P. Rush et S. Yeo, *Criminal Law Sourcebook*, Sydney, Butterworths, 2000.

\*\*., Criminal Law Researcher and Expert.

have expatiated extensively on the abstract and conceptual architecture of general principles of criminal responsibility and the institutional policies of due administration and justice.

It is always difficult to do justice in a limited number of words to an edited collection with a large number of chapters. In this book, there are 12 chapters. Each chapter is introduced by a brief overview of the topic and the central issue. These chapters are all well rooted in empirical research. The context for the chapters in *Criminal Law Sourcebook* is Australian and its orientation is theoretical, practical and descriptive. This means that the book can contribute to theoretical and practical debates worldwide.

Substantive criminal law is a global phenomenon and the themes and issues elaborated on in this book are equally relevant for North America, Europe and elsewhere. It is important to comment on the quality of this work as a comparative analysis. Today there is a dearth of comparative legal analysis that addresses statutory and judicial trends in Australia. For that effort, Rush's and Yeo's work deserve applause. This book is a noteworthy contribution to the field of Australian criminal law. As we said, this book consists of 12 chapters.

The first chapter is jurisdiction and general principles. In the first section of this chapter, the authors speak of the general principles of criminal responsibility because the interpretation of these principles provides one dominant way of constructing the meaning or value of current criminal law. The authors note the prevalence of these principles in the cases and their effects on how the Australian Jurisdiction of criminal law can be understood. In the final section of this chapter, the authors draw their attention to a number of cases that have challenged (in Anglo-Australian courts) the reception of the common law of crime, and the judgments in these cases provide studies of the jurisdiction of criminal law in Australia.

The second chapter focuses on the laws of theft and larceny. This chapter is concerned with understanding the basic crimes against property namely, theft and / or larceny. In the first section of this chapter, the authors begin with the social and legal history of the law of property crime and the cases in this chapter, repeatedly return to this social and legal history for their



understanding of the current law of theft and / or larceny. In the final section of this chapter, there are questions and responses to them as following :

1. when does the act of taking property amount to an appropriation (or what, in the law of larceny, is called an asportation)?
2. what is the test of dishonesty that must be used when deciding whether a particular appropriation is dishonest ? Related to this issue is the question of who is responsible for the decision of dishonesty — the jury or the judge?
3. what is the scope or meaning of «property belonging to another»?
4. what are the difficulties of proving the requirement that the accused possess an «intention to permanently deprive» that property?

The third chapter examines deceptive and other crimes against property. In this chapter the authors concerned with the basic offences of obtaining by deception and obtaining by false pretences, as well as a number of aggravated property crimes. Section one of this chapter extracts leading judgments on the acquisition of property by a deceptive practice. In section two and three of this chapter, the authors consider the legal elaboration of the crimes of robbery and burglary.

In the fourth chapter the authors address the laws of assault. In the legal construction of the central crimes of assault elaborated throughout this chapter, a number of specific issues of definition and application are addressed. These issues arise in each Australian jurisdiction. In respect of each legal type of assault, they are :

1. the level and type of behaviour that falls within the *actus reus*;
2. the required standard of mentality and its meaning;
3. the doctrine of temporal coincidence that links the *actus reus* to the *mens rea*;
4. the availability of the «defence» of consent in the law of assault.

In the fifth chapter, the authors are concerned with the legal construction of two core sexual offences, rape and indecent assault. They are also concerned with the formulation of the legal doctrines and what these doctrines implicitly and explicitly say about the links between law and sexual relations. In the first

section, the readings address the different levels at which the law of rape/sexual assault is created and applied. The second section of this chapter addresses the laws of indecency in the crime of indecent assault. Indecent assault factual distinction from rape is that the law targets sexual acts where penetration does not take place. Throughout the readings in this chapter, there is the more fundamental theme of the law of sexual offences : namely, what does criminal law regard as a sexual relation and how does criminal law imagine sexual relations? It is these questions that establish the threshold beyond which criminal law transforms sexual relations into licit and illicit forms of sexual assault.

The sixth chapter addresses the conduct of homicide and it is concerned with the legal formulation of the crimes of murder and manslaughter. The *actus reus* of murder and manslaughter is dealt with by the readings in this chapter. The readings in this chapter return once again to the enterprise of general principles of criminal responsibility.

At the level of the *actus reus*, the two general principles of criminal responsibility are voluntariness and causation. The first section deals with the voluntary action of the accused. In this chapter, the readings from the judgments in Ryan and Falconer spell out the specific legal meaning of voluntariness. The second section considers the general principle of causation in criminal law. The final section addresses the specific legal problem known as «omissions». This chapter is concerned with the general principles of voluntariness and causation in criminal law and the specific legal problems that arise when applying those general principles to particular factual situations where death has occurred and the accused is prosecuted with murder or manslaughter.

Chapter seven presents the kinds of homicide. The readings in the present chapter addresses the processes through which the various *mens rea* of homicide are formulated in current Australian criminal law. The first section addresses the rhetoric of legal psychology dealing with judgments in Hancock, Shankland, Pemble, Crabbe and Royall. The required *mens rea* of murder is at least recklessness and definite intention as to consequences of an action. The second section addresses the meaning of the requirement that the intention or recklessness of the accused coincide in time with the actions of the accused

causing death. This is called the doctrine of temporal coincidence and the case of Meyers illustrates the demand that the prosecution closely adheres to the doctrine. The remaining sections are concerned with crimes of homicide which involve what are traditionally regarded as departures from the common law tradition of *mens rea*. In the law of manslaughter and of constructive murder, a person will have voluntarily acted in such a manner as to cause death and yet did not intend, nor was reckless as to, causing death or grievous bodily harm. In such situations, criminal law builds another *mens rea* to take the place of the subjective standard that law cannot see in the facts. There are several methods that criminal law uses in going about this task of constructing the substitute *mens rea* of homicide. The third section provides readings on the law of constructive murder, or what the common law calls felony murder. In section four, the readings address two legal types of manslaughter.

Chapter eight considers doctrines of provocation and self-defence. The readings in this chapter turn to the doctrinal formulation and definition of the substantive defences. The first section provides the leading and authoritative cases on provocation, which are relevant to an understanding of the defence in all Australian jurisdictions. The statutory definitions largely embody the common law approach. Alternatively, the High court has attempted to bring the common law position into line with the statutory approach. The second section deals with the doctrine of self-defence and provides the leading cases for New South Wales, Victoria and the Australian Capital territory. In South Australia, there is a recently enacted statutory definition, which at least arguably is being judicially interpreted in the same way as the common law approach. Unlike the other jurisdictions, South Australia also has the partial defence of excessive self-defence. The third section of this chapter organizes the readings and cases in terms of the substantive social issues to which the courts have been responding when formulating the legal definitions of provocation and self-defence.

Chapter nine focuses on the legal formulation and elaboration of the doctrine of duress and the doctrine of necessity. Section one deals with the doctrine of duress. The starting point of the appellate consideration of the doctrine of duress is whether, on the evidence before the trial court and in the current state of the law, the defence should be put to the jury for its decision. The answer to this question provides the substantive law of duress. One way of

answering it is to assess and elaborate the proper directions to and summing-up for the jury on the defence. This approach completely dominates the judgment in *Abusafiah*. By contrast, the cases of *Lawrence* and *Howe* formulate the doctrine of duress by expatiating upon the authority, principles and policies of the common law. Section two studies the doctrine of necessity. The question that has dogged the courts is whether criminal law recognises such a defence.

In the tenth chapter, the authors have collected readings that address situations in which the accused relies on a claim that his or her psychological processes were in some way disrupted at the time of committing the crime charged. Section one deals with the defence of insanity and the defence of diminished responsibility. The doctrine and defence of diminished responsibility is closely allied with the defence of insanity. Whereas the doctrine of insanity speaks of «defect of reason» and its cognate expressions, the doctrine of diminished responsibility speaks of «abnormalities of mind». Section two focuses on the doctrine of intoxication. The primary concern is «self-induced intoxication» namely, intoxication that is the result of choosing to consume alcohol or drugs (licit or illicit). Section three considers the doctrine of automatism. Automatism and insanity are related defences and, in some trials, their interaction is crucial to the legal dispute. The final section of this chapter addresses the doctrine of mistake.

Although it is a discrete doctrine of criminal law, it cannot be understood apart from its formulation in the doctrine of strict and absolute liability. The general principles of criminal responsibility have been fundamentally created and formulated by the common law tradition. In common law, the presumption was that all crimes require proof of *mens rea*. With the rise of statutes and statutory crimes in the nineteenth century, the issue became how to interpret crimes that did not exist in common law but were created by statute : did the common law presumption of *mens rea* apply and, if so, how did it apply to the specific statutory section? The answer to this question is the doctrine of strict and absolute liability.

The authors collect leading cases on the legal discourse of complicity, the legal concern is to target the formation of and participation in collectives or groups – and to attribute criminal liability to individuals for their personal

participation in the group's criminal activities. The doctrine of complicity is an example of the concern of criminal legal practice to widen the net of criminal liability to cover people on the fringe, as it were, of personally committing crimes. The doctrines of complicity do not create and define a substantive crime called complicity, rather, the doctrines create no more and no less than a legal method for finding criminal liability. Section one begins with an overview of the doctrine of complicity and its various prosecutorial methods.

Chapter eleven offers doctrines of complicity. Complicity is not a crime but a method of finding criminal liability in the specific factual situations of particular cases. The doctrines of complicity construct two such methods. Section two addresses the first method, which constructs complicitous liability by reference to the common law classifications of principles and accessories. This method is primarily concerned with the forms of «secondary participation». The term «secondary participation» is increasingly used in Australia as the generic phrase describing what the common law calls «aiding, abetting, counseling or procuring» the commission of a crime. This method is applicable in all the common law jurisdictions of Australia. The final section addresses the second prosecutorial method of complicity. That method of constructing complicitous liability is by reference to the more specific doctrine of common purpose (in Victoria, it is also referred to as «concert» and in New South Wales as «Joint criminal enterprise»). The second method also deals with the activity of secondary participation, but liability is not constructed by reference to the common law classifications of principals and accessories, but by reference to the distinct doctrine of common purpose. The central issue of the doctrine of common purpose is how wide or how narrow the law will draw the common purpose in the specific factual situation.

The final chapter is doctrines of attempt. The law of attempts targets individuals who try to commit a crime but, for various reasons, do not succeed. Under the doctrines of attempt, the accused is held responsible for trying to commit a crime. The liability of the accused is extended beyond what he did, to what he or she tried to do, and even beyond what he or she caused to happen. In this sense, the crime of attempt – together with the crimes of conspiracy and of incitement – were traditionally referred to as «inchoate» crimes. «Inchoate» is Law-Latin for «incomplete». The substantive crime of attempt is an incomplete crime. The doctrine of attempts concerns itself with those elements that must be

proved in all cases where the prosecution alleges that the accused attempted to commit a crime. Section one deals with the elements of the doctrine of attempt. The basic formulation of the doctrine establishes two elements that must be proved by the prosecution when accusing a person of attempting to commit a crime. These are the accused intended to commit the complete crime, and the accused engaged in conduct that is «more than merely preparatory» and is at least «proximate» to the commission of the complete crime. These two elements constitute the *mens rea* and *actus reus* of the common law doctrine of attempt. The final section of this chapter addresses the question of impossibility. It needs to be emphasised that the question of impossibility does not give rise to any additional elements of the crime of attempt. The application of those elements to specific factual situations is what is in issue in the question of impossibility : can you attempt to commit a crime that it is impossible to commit? This question and its response are dealt with in this section.

This is a well informed and well argued book that should be welcomed as a substantial contribution to scholarship on criminal law.

This book ought to be an extremely useful resource for anyone engaged in the study of criminal law, and it would serve well as an orientation to criminal law issues for postgraduate students of law.

Today's observers of Australia and scholars of crime on that continent are awaiting this kind of publication. They are interested in understanding new information and judicial judgments to their studies. The conceptual framework and arguments in this monograph present windows of opportunity and challenges that await these readers.

The authors have been held witness to a reworking of criminal law that has not been seen perhaps since the early nineteenth century.

This book brings together written materials that embody or incorporate the current and authoritative discourse of criminal legal practices in Australia. Rush and Yeo have held up an expansive image of its teachers and students.

In summary, this is a very useful work for academic and practitioners, dealing with substantive, evidential and procedural law and focused on the substantive criminal law in Australia . Researchers and teachers can find an abundance of material that is very informative. Law enforcement will find judicial judgments and legal discussions of current trends equally fascinating and useful.

This work is a very timely and informative addition to the literature on criminal law.

Overall, this monograph is an informative, important, interactive and stimulating contribution from the perspective of the criminal law in Australia . It lays the foundations for future scholarly inquiry into unanswered questions and emerging ones.

Scholars, advocates and law students should buy this book.